



CADERNOS JURÍDICOS TEMÁTICOS

Direito do Consumidor e Direito Penal

Roberto Freitas Filho
José Carlos Veloso Filho
[organizadores]



CADERNOS JURÍDICOS TEMÁTICOS

Direito do Consumidor e Direito Penal

Roberto Freitas Filho
José Carlos Veloso Filho
[organizadores]

Brasília | Brasil - 2016

REITORIA

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Vice-Reitor

Edevaldo Alves da Silva

Pró-Reitora Acadêmica

Presidente do Conselho Editorial

Elizabeth Lopes Manzur

Pró-Reitor Administrativo-Financeiro

Gabriel Costa Mallab

Secretário-Geral

Maurício de Sousa Neves Filho

DIRETORIA

Diretor Acadêmico

Carlos Alberto da Cruz

Diretor Administrativo-Financeiro

Geraldo Rabelo

Organização

Biblioteca Reitor João Herculino

Projeto Gráfico e Diagramação

AR Design

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno jurídicos temáticos : direito do consumidor e direito penal
/ organizadores, Roberto Freitas Filhos, José Carlos Veloso Filho.
– Brasília : UniCEUB, 2016.
168 p.

ISBN 978-85-61990-52-7

1. Direito do consumidor. 2. Direito Penal. I. Centro Universitário
de Brasília. II. Título

CDU: 347.451.031

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Apresentação	7
---------------------------	----------

Prisões para averiguação em grandes eventos: o inquérito policial	
instaurado em Brasília – DF durante a copa das confederações	9
<i>Carolina Costa Ferreira, Bernardo Costa Meireles</i>	

O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do	
consumidor: análise à luz do Diálogo das Fontes	31
<i>Gabriela Gomes Acioli Cesar, Leonardo Roscoe Bessa</i>	

Serial killer: definição e implicações psiquiátricas	55
<i>Jéssica de Oliveira Amaral, Alessandra de La Vega Miranda</i>	

A vulnerabilidade no direito empresarial: a disparidade entre as partes nos	
contratos de franquia e shopping center e o CDC	97
<i>Paulo Henrique Franco Palhares, Renata Lelis Rufino dos Santos</i>	

Responsabilidade civil do fornecedor pelo acidente de consumo: estudo de caso	129
<i>Tatiana Pedrosa Gonçalves, Héctor Valverde Santana</i>	

As (i)legalidades no processo penal: breve reflexão a respeito do “whatsapp”	
a partir da lei 9.296/1996 – um estudo de caso	153
<i>Víctor Minervino Quintiere, Humberto Fernandes de Moura</i>	

APRESENTAÇÃO

O Curso de Direito do UniCEUB inicia, com a presente publicação, a série Cadernos Jurídicos Temáticos, cujo tema inaugural engloba o Direito do Consumidor e o Direito Penal. A obra é resultante do trabalho de pesquisa desenvolvido na Instituição por professores e alunos há mais de uma década, no âmbito de seu Núcleo de Pesquisa e Monografia.

A preocupação institucional com a qualidade dos egressos orientou o UniCEUB a estabelecer, em seu Curso de Direito, que à monografia seja reservada uma relevante importância no processo formativo. Por esse motivo, o trabalho de conclusão de curso é necessariamente um texto articulado em grau de dificuldade tal que os alunos são instados a apresentar uma reflexão, com razoável dimensão e profundidade, sobre os mais variados temas atinentes à experiência e à reflexão jurídicas.

Dentre os trabalhos de mais de mil alunos e 110 professores mestres e doutores vinculados às atividades de produção monográfica a cada semestre, alguns são destacados. A partir daí, professores e alunos aprofundam os temas analisados e, conjuntamente, fazem uma reflexão a quatro mãos para ser dada a público, como exemplo do que melhor se produz na academia brasileira.

A escolha do Direito do Consumidor, do Direito Processual Penal e da Criminologia para inaugurar essa série de publicações mostra-se uma feliz coincidência, já que esses ramos do Direito sempre tiveram grande relevância no Curso, como mostram os currículos e as trajetórias acadêmicas dos seis autores docentes: Alessandra de La Vega Miranda, que escreve com Jéssica de Oliveira Amaral; Carolina Costa Ferreira, que escreve com Bernardo Costa Meireles; Hector Valverde Santana, que escreve com Tatiana Pedrosa Gonçalves;

Humberto Fernandes de Moura, que escreve com Victor Minervino Quintiere; Leonardo Roscoe Bessa, que escreve com Gabriela Gomes Acioli Cesar e Paulo Henrique Franco Palhares, que escreve com Renata Lelis Rufino dos Santos. Quanto aos autores discentes, todos são egressos de grande destaque do Curso de Direito, com carreiras de sucesso e sólida formação.

Os trabalhos foram selecionados por meio de uma criteriosa comissão vinculada à Coordenação do Curso de Direito e ao Núcleo de Pesquisa e Monografia, a qual os submeteu à análise e apreciação quanto à pertinência editorial, contando, a publicação, com apoio institucional das instâncias editoriais do UniCEUB.

Com essa iniciativa pretendemos oferecer ao público acadêmico brasileiro parte seleta de nossa produção de pesquisa, notadamente preocupada em debater os limites e possibilidades do Direito em oferecer elementos para a solução das questões candentes com as quais os operadores se deparam no seu dia-a-dia profissional. Exemplos dessa qualidade são os casos dos seis preciosos capítulos que compõem o presente livro, cujos títulos convidam avidamente à leitura: *A disparidade entre as partes nos contratos de franquia e shopping center e o CDC*; *O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do consumidor: análise à luz do diálogo das fontes e vulnerabilidade no direito empresarial*; *Prisões para averiguação em grandes eventos: o inquérito policial instaurado em Brasília-DF durante a Copa das Confederações*; *Responsabilidade civil do fornecedor pelo acidente de consumo: estudo de caso*; *Serial Killer: definição e implicações psiquiátricas*; *Sobre as (i)legalidades no processo penal: breve reflexão a respeito do whatsapp a partir da Lei n. 9296/1996 – um estudo de caso*.

Aos leitores nosso desejo de excelente proveito.

Professor Roberto Freitas Filho
Professor José Carlos Veloso Filho
Organizadores

Prisões para averiguação em grandes eventos: o inquérito policial instaurado em Brasília – DF durante a copa das confederações

Investigations arrests in major events: the police investigation begun in Brasília – DF during Confederations Cup

Carolina Costa Ferreira¹
Bernardo Costa Meireles²

Resumo

O trabalho tem como objetivo analisar as prisões para averiguação, que encontravam amparo legal na época da ditadura militar e que, em tese, foram abolidas pela Constituição Federal de 1988. Para problematizar a questão, será analisado o fluxo do inquérito policial instaurado em razão de prisões ocorridas em Brasília-DF, durante o jogo de abertura da Copa das Confederações, em 5 de junho de 2013.

Palavras-chave: Prisão para averiguação. Princípios constitucionais do processo penal. Manifestações populares. Copa das Confederações.

1 Comentários iniciais

A prisão para averiguação não pode ser sequer chamada de “instituto”: trata-se de procedimento que guarda correlação aos tempos autoritários vividos no Brasil, no século XX. Porém, o debate acerca de sua legitimidade e validade aumentou significativamente, especialmente após as manifestações que ocorreram durante os anos de 2013 e 2014, em razão da realização dos eventos esportivos Copa das Confederações FIFA 2013 e Copa do Mundo FIFA 2014. Diante disso, o presente trabalho analisa o uso de prisões para averiguação como forma de contenção dos direitos fundamentais à associação e à livre manifestação (art. 5º, IV e XVII da CF).

Para tal análise, é importante observar que o tema não envolve questões

¹ Doutoranda e Mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Professora de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

² Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Advogado.

apenas jurídicas, mas também sociais, políticas e culturais. Por isso, será fundamental entender o contexto das manifestações populares que ocorreram durante o período pesquisado e a reação do Estado para contê-los. Assim, questiona-se: o Estado deve responder às demandas sociais por meio do sistema penal? Trata-se de uma resposta efetiva? Como a resposta processual penal se materializou, desde o momento da prisão para averiguação até o final do processo criminal?

2 A prisão para averiguação e sua (in)constitucionalidade

Para Celso Ribeiro Bastos, a prisão para averiguação é modalidade de constrição física na qual um mero suspeito é levado à delegacia, lá em permanecendo preso até que as autoridades policiais levem a cabo formação da sua convicção³.

Nos Tribunais, há confusão terminológica entre o conceito de prisão por averiguação com institutos como a custódia e a retenção: o Supremo Tribunal Federal reconheceu essas classificações no julgamento do Habeas Corpus nº 107.644/SP, no voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli, que denomina custódia “o ato para averiguação, enquanto se esclarecem dúvidas, ou para a garantia da incolumidade de pessoas ou coisas”⁴. Por sua vez, a retenção ocorreria para dirimir dúvidas ou garantir a incolumidade (itens de custódia), mas com a diferença de que não se utiliza, em casos como esse, cela nem algema, em face da não existência de perigo aparente e de não gravidade dos fatos a serem esclarecidos⁵.

Embora o instituto de prisão para averiguação possa ser discutido, não resta dúvidas, segundo o conceito explanado por Tourinho Filho, de que a prisão para averiguação se classifica como prisão, pois, segundo o autor, prisão é, em

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 291.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 107644 SP*. Primeira Turma. Paciente: Alessandro Rodrigues. Impetrante: René Fernando Gonçalves Moitas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 6 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621660/habeas-corpus-hc-107644-sp-stf>>. Acesso em: 05 nov. 2015

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 107644 SP*. Primeira Turma. Paciente: Alessandro Rodrigues. Impetrante: René Fernando Gonçalves Moitas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 6 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621660/habeas-corpus-hc-107644-sp-stf>>. Acesso em: 05 nov. 2015

princípio, a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade de ir e vir⁶.

Segundo Machado, as prisões cautelares se dividem em prisões preventivas, que são aquelas com todos os caracteres das medidas acautelatórias como a instrumentalidade, a provisoriedade, a revogabilidade e a facultatividade, tratando-se, portanto, de uma espécie de prisão provisória⁷, e a prisão em flagrante, que, “embora exibindo natureza administrativa, tem caráter nitidamente cautelar”⁸. A prisão em flagrante é uma espécie de modalidade provisória, que tem base constitucional, no artigo 5º, incisos LXI e LXII; pode ser efetuada por qualquer pessoa, autoridade ou não; pode ser levada a efeito a qualquer tempo e em qualquer lugar, inclusive no interior do domicílio; porém, para a sua imposição, é imprescindível que se faça presente sempre o chamado estado de flagrância⁹. Para Machado há ainda outro tipo de prisão provisória, a prisão temporária, “que não se presta ao objetivo principal das medidas cautelares clássicas que é o de manter o indiciado no distrito da culpa com o fim de assegurar a efetiva aplicação penal”. A finalidade da prisão temporária é viabilizar a produção de provas que não seriam possíveis de serem levadas à investigação sem a restrição de liberdade do acusado.

Aury Lopes Júnior, por sua vez, discorre sobre a necessidade de estudo da principiologia das prisões cautelares, composta por: (i) jurisdicionalidade e motivação, no sentido de que toda prisão – cautelar ou definitiva – somente pode ser decretada por decisão judicial fundamentada. Para o autor, a prisão em flagrante, que fugiria a tal regra, não seria uma modalidade de prisão em si, e sim “uma medida pré-cautelar, uma precária detenção, que pode ser feita por qualquer do povo ou por autoridade policial”¹⁰; (ii) contraditório: cabível às medidas cautelares, à exceção do pedido de prisão preventiva por risco de fuga do distrito da culpa; e (iii) provisionalidade, que consiste na verificação da situação que justifica o cabimento da prisão – especialmente a presença do *fumus comissi*

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3. p. 375.

⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 569.

⁸ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 615.

⁹ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 616-617.

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 791.

delicti e do *periculum libertatis*¹¹.

Tourinho Filho defende que a Constituição de 1967 mencionava “prisão ou detenção”, sendo aquela a supressão da liberdade ambulatoria mediante clausura, e esta, simples privação da liberdade, sem recolhimento à prisão e por breve tempo. O legislador constituinte entendeu que numa hipótese e noutra há privação de liberdade. Em ambas as hipóteses há prisão, e, por isso, a comunicação ao juízo deve ser feita imediatamente¹².

O entendimento dado pelo legislador que em ambos os casos há privação de liberdade, se concretiza pelo fato de a Constituição Federal de 1988 estar eivada de direitos humanos e individuais. Consultando os debates da Assembleia Nacional Constituinte, percebe-se que, para além do realce dado aos direitos individuais, a Constituição de 1988 é também uma das mais modernas em questões sociais¹³, apresentando uma visão mais garantista do processo penal, influenciada pela defesa dos direitos humanos, instituindo um conceito mais rígido de prisão.

Apesar de a Constituição de 1988 não deixar expressas algumas questões importantes, como a Carta de 1946, e se admitindo a privação da liberdade individual em muitos casos, segundo Tourinho Filho, o texto constitucional procurou resguardar os cidadãos de toda e qualquer extra limitação do Poder Público¹⁴.

Segundo Pacelli, se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, a Constituição de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta¹⁵: enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condena-

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 794.

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3, p. 390.

¹³ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Ata da 341ª Sessão, em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf#page=>>. Acesso em: 11 maio 2014.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3, p. 388.

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 7.

tória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art, 5º, LVII)¹⁶.

Portanto, constata-se que o instituto da prisão para averiguação encontra-se legítima na lei vigente do passado, pois, para Pacelli,

A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.¹⁷

Além do ferimento aos princípios mencionados, há outro princípio que sofre esse tipo de supressão: o do contraditório. Segundo o entendimento de Pacelli:

É o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contraditório) a ambos – vistos, assim, como garantia de participação –, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade.¹⁸

Entretanto, parte da doutrina, como Antonio Alberto Machado¹⁹, Antonio Scarance Fernandes²⁰, entre outros, defendem que só existe contraditório, no processo penal, na fase processual, e não na fase investigatória²¹. Por outro lado, Rogério Lima Tucci sustenta “a necessidade de uma contraditoriedade efetiva e real em todo o desenrolar da persecução penal, na investigação inclusive, para maior liberdade e melhor atuação da defesa”²².

Também há restrição ao princípio da ampla defesa, que, segundo Pacelli, é a garantia da realização efetiva da participação de defesa técnica, sob pena de nulidade²³ e, conforme o entendimento acerca do instituto da prisão para averiguação, nessa situação o acusado não tem direito a tal tipo de defesa.

¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p.7; 8.

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 8.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 28.

¹⁹ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 63.

²⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62

²¹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62.

²² FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62.

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29.

Portanto, observada a matéria reservada aos princípios, pode-se constatar que a prisão para averiguação infringe direitos fundamentais como os da presunção da não culpabilidade, do contraditório, da ampla defesa, da legalidade, bem como do devido processo legal, que são essenciais e fundamentais no corpo do processo e ao sistema jurídico-penal brasileiro, evidenciando-se assim mais uma vez que a inserção do instituto da prisão para averiguação para o ordenamento jurídico atual é um retrocesso em relação a garantias, direitos e princípios conquistados.

Portanto, há de se observar que a doutrina moderna do processo penal não classifica a prisão para averiguação como forma de prisão, pelo fato de ela não estar prevista na Constituição de 1988 e nem no Código de Processo Penal. Entretanto, Machado ainda trata do tema, afirmando que:

Para alguns autores, a prisão temporária fora introduzida em nossa processualística com o objetivo de legalizar as chamadas “prisões para averiguações”, ou seja, aquelas prisões momentâneas, sem mandado judicial e sem flagrante, que a polícia realizava sobretudo nos anos de autoritarismo do regime militar.²⁴

Dessa forma, constata-se que, processualmente e sob o ponto de vista formal, não há indícios nem aspecto da existência da prisão para averiguação, mas atualmente há manobras que tentam legalizar e introduzir esse instituto autortário no ordenamento jurídico brasileiro. Seu uso persiste, ainda que não institucionalizado no Código de Processo Penal ou em alguma lei ordinária. Uma interpretação mais punitiva – e até mesmo ilegal – da prisão temporária pode, rapidamente, remontar à prisão para averiguação.

Na visão de Guilherme de Souza Nucci,

A chamada prisão para averiguações, prática ainda usual neste país de exceções, constitui-se em grande ilegalidade, após a nova Constituição Federal, num flagrante abuso de autoridade, notadamente quando exercida por policiais militares que não podem desconhecer que a atual sistemática de prisão deriva, exclusivamente, do estado de flagrância e de ordem de custódia emanada da autoridade judiciária.²⁵

Com isso, observa-se que somente há esses dois casos em que alguém

²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 639.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 578.

pode ser preso: em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Ressalta-se que, ainda que dispensem ordem judiciária, não excluem a necessidade de ordem de uma autoridade administrativa competente²⁶.

Portanto, com essa medida restritiva, não há outros casos que se amoldam a essa exceção, como parte da doutrina e jurisprudência tentam colocar, como no caso de pessoas que, sem documentos, precisam ser identificadas, principalmente as de menor de idade, pois, segundo posicionamento seguido por Nucci: Investigação de polícia que mantém preso para averiguações menor imputável, pois trata-se de constrangimento físico à liberdade de outrem sem o mais remoto amparo legal e violador das garantias constitucionais do devido processo e da legalidade da privação de liberdade.²⁷

Não resta dúvida de que, com base na Constituição Federal de 1988, esse tipo de prisão não foi recepcionado e não guarda previsão em nosso ordenamento jurídico.

3 O contexto das prisões: manifestações populares e a Copa das Confederações FIFA 2013

Antes de adentrar nos processos que estão relacionados à prisão para averiguação em grandes eventos, faz-se necessária uma contextualização em relação a esses eventos. As primeiras manifestações tiveram por motivo o aumento de R\$0,20 (vinte centavos de real) nas tarifas de ônibus, em diversas cidades do país. Lideradas pelo Movimento Passe Livre (MPL)²⁸, as primeiras aglomerações de pessoas lutavam pelo cancelamento de tal aumento e, como pauta principal, a tarifa zero no transporte público, que deveria ser viabilizada por meio da cria-

²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2. p. 292.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 578.

²⁸ Para maiores informações, consultar: MOVIMENTO PASSE LIVRE. *Luta contra o aumento de 2013*. Disponível em: <<http://saopaulo.mpl.org.br/tag/luta-contr-o-aumento-2013/>>. Acesso em: 11 maio 2015. Também é interessante assistir ao documentário “20 Centavos”, produzido pela Lente Viva Filmes, que retrata as manifestações em diversas cidades do país. LENTE VIVA FILMES. *20 Centavos, o filme*: trailer. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ep72ll9ENI0>> Acesso em: 11 maio 2015.

ção de um Fundo de Transporte, “que utilizará recursos arrecadados em escala progressiva, ou seja: quem pode mais paga mais, quem pode menos paga menos e quem não pode, não paga”²⁹.

Porém, rapidamente, um movimento que tinha uma pauta específica foi acompanhado por cidadãs e cidadãos que, indignado com a falta de acesso a outras políticas públicas, tais como saúde, educação, aposentadoria de qualidade, dentre outros, tomaram as ruas, munidos de cartazes e cantando o Hino Nacional. Segundo Maria da Glória Gohn,

[...] estima-se que cerca de dois milhões de pessoas saíram às ruas do país entre junho e agosto de 2013, em 483 municípios, para protestar na condição de cidadão indignado contra tarifa de ônibus e a qualidade de vida urbana. Os protestos rapidamente se espalharam e se transformaram em revolta popular de massa. São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre, Belo Horizonte e Brasília foram as cidades onde as manifestações foram mais intensas. No mês de junho, auge dos protestos, 353 cidades se envolveram, chegando a mobilizar um milhão de pessoas em um só dia (20 de junho)³⁰.

Segundo Marcos Nobre,

O caráter de massa e nacional das Revoltas de Junho conseguiu por fim abrir um enorme rombo na blindagem pe-medebista tão cuidadosamente construída ao longo de todo o processo de redemocratização. Confrontaram o sistema político e sua lógica de funcionamento desde a base, exigindo sua reforma radical. Mas as Revoltas de Junho vão muito, além disso: colocaram um novo passo o “imobilismo em movimento” que caracterizou o processo de redemocratização.³¹

Entretanto, fica a dúvida se esses movimentos não se assemelham aos que ocorreram na época da ditadura militar, no sentido de ser um produto de um grupo ou de uma massa dominante, em busca do poder. Mas, segundo explicita Nobre:

A parcela de participantes das Revoltas de Junho que se organizou fora dos partidos e das organizações sociais tradicionais trouxe um impulso auto organizativo novo. A re-

²⁹ MOVIMENTO PASSE LIVRE. *Tarifa zero*. Disponível em: <<http://saopaulo.mpl.org.br/tarifa-zero/>>. Acesso em: 11 maio 2015.

³⁰ GOHN, Maria da Glória. *Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praças dos indignados no mundo*. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 8.

³¹ NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 142.

cura de lideranças no sentido tradicional, a horizontalidade dessas formas organizativas aponta para um horizonte de radical auto-organização da sociedade como realização da democracia.³²

Portanto, constata-se que esse movimento, apesar de ser retratado pela mídia como conduzido por três grandes coletivos – Movimento Passe Livre, os *Black Blocks* e o *Anonymous*³³ – atuou e gerou algo novo e diverso e que, sobretudo, incomodou muito o poder dominante, pois as medidas e ações tomadas pelo governo, especialmente na proposição e na gestão de políticas públicas, dificilmente buscam a participação popular. Dessa forma, segundo o entendimento de Nobre, o risco do aprofundamento da democracia apresenta um grande perigo de descongelar um resultado conservador. Significa nada menos que dar por sabido e estabelecido que há alternativa ao que o autor chamou de “pemedebismo”, e que o atual passo do social-desenvolvimentismo não é o máximo que pode se aspirar.³⁴

Bruno Cava ainda afirma que: “as manifestações já são uma vitória irreversível. Com mais de dois meses desde as primeiras marchas do Passe Livre, ficou nítido o impacto na realidade política do país.”³⁵

Apesar de todos esses pontos positivos explanados por Marcos Nobre e Bruno Cava acerca do movimento, as manifestações repercutiram de forma negativa, principalmente na abordagem feita pela imprensa, dando legitimidade às ações tomadas pelo governo durante o movimento, independentemente de estarem de acordo ou não com os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. A mídia, principalmente, propõe a seguinte indagação: esse movimento seria apenas uma baderna, um tumulto, o que legitimaria o governo a agir de qualquer forma no intuito de cessar essa confusão, ou é um movimento coerente que tem como finalidade buscar e lutar por direitos que estão expressos pela Constituição Federal?

³² NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 144.

³³ O objetivo do presente artigo não é a caracterização dos grupos políticos que teriam conduzido as manifestações; portanto, para maiores detalhes, ver GOHN, Maria da Glória. *Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praças dos indignados no mundo*. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 44-63.

³⁴ GOHN, Maria da Glória. *Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praças dos indignados no mundo*. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 156.

³⁵ CAVA, Bruno. *A multidão foi ao deserto*. São Paulo: Annablume 2013. p. 65.

Com base em Bruno Cava, as manifestações,

[...] se eram tidas por incontroláveis, como um pandemônio sem nexos, um bando de malucos quebrando tudo, invertendo a equação para por a nu o intolerável cotidiano, o tecido de brutalidade e racismo, com que milhões de amarelos e amarelos³⁶ sentem na pele a “pacificação” do Brasil. Jogaram um facho de luz no lado oculto da modernização nacional.³⁷

O autor afirma ainda: Não só a FIFA, o papa ou o governador que podem parar o trânsito e tumultuar a cidade, para exibir os símbolos do poder vigente. As manifestações também podem, num tumulto constituinte, para regenerar instituições estagnadas do vício.³⁸

Para o autor, essas revoltas deixaram transparecer a insatisfação do governo em razão da chamada “governabilidade”³⁹. Isso ocorre, segundo Cava, não apenas por conta da dimensão quantitativa das manifestações, mas principalmente pela dimensão qualitativa, que é importante para entender todo esse processo, que consegue ser visualizado de uma forma melhor após três momentos marcantes: as imagens de um documentário em Fortaleza⁴⁰, a dinâmica das marchas no Rio e o papel dos chamados “*Black Blocks*”.⁴¹

Segundo Cava, as manifestações cariocas são uma boa forma de visualizar a dimensão qualitativa das dimensões e a respectiva ameaça ao governo: nas três primeiras marchas no Rio de Janeiro a polícia se manteve distante, quase inexistente, mas, com o aumento exponencial de pessoas a cada marcha, no quarto evento inverteu-se a estratégia e a polícia começou a atacar brutalmente a mani-

³⁶ O autor faz menção a Amarildo Dias de Souza, cidadão residente na Favela da Rocinha, no Rio de Janeiro, e desaparecido desde 14 de julho de 2013. Segundo a investigação, Amarildo teria sido levado à sede da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) da favela onde morava e, “confundido com um traficante de drogas”, foi torturado e morto. Para maiores detalhes sobre a violência policial, a tortura e os erros processuais cometidos no “caso Amarildo”, ver “O Estopim”, dirigido por Rodrigo Mac Niven. Todos os direitos reservados por Blah Cultural 2014. Este texto está protegido contra cópias. Se deseja obter nossa matéria, entre em contato com nossa redação através do email: redacao@blahcultural.com ou contato@blahcultural.com. O ESTOPIN. Direção: Rodrigo Mac Niven. Produção: Mariana Genescá. Rio de Janeiro: blahcultural, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fxNRBBWMq9c>> Acesso em: 11 maio 2015.

³⁷ CAVA, Bruno. *A multidão foi ao deserto*. São Paulo: Annablume 2013. p. 66.

³⁸ CAVA, Bruno. *A multidão foi ao deserto*. São Paulo: Annablume 2013. p. 67.

³⁹ CAVA, Bruno. *A multidão foi ao deserto*. São Paulo: Annablume 2013. p. 78.

⁴⁰ COM vandalismo: documentário. Produção: Nigéria Filmes. Fortaleza, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=KktR7Xvo09s>> Acesso em: 7 maio 2015.

⁴¹ CAVA, Bruno. *A multidão foi ao deserto*. São Paulo: Annablume 2013. p. 80.

festação. Segundo o autor, ainda: [...] na mesma noite, se seguiram perseguições e repressões violentas e indiscriminadas por parte da polícia pelos bairros do centro do Rio por onde a multidão dispersava, com o pretexto de “restaurar a ordem”, suscitando ainda mais indignação e mobilização nos dias seguintes.⁴²

Diante disso, constata-se que os argumentos para fundamentar uma ação mais repressiva por parte do Estado, em relação às manifestações populares, são recorrentes: segurança nacional, restauração de ordem, entre outros. A estratégia do governo nas manifestações consistiu em tentar criminalizar as condutas mais incisivas, como os atos supostamente praticados pelos *Black Blocks*, tratando-os como um componente minoritário, isolado e marginalizado:

O funcionamento brutal e brutalizante do estado e sua polícia, uma vez a brecha constituinte aberta, termina funcionando ao contrário: diante da capacidade do movimento de apropriar-se da crítica da violência contra os pobres, as armas de criminalização são gradativamente desmontadas, levando a um recuo da repressão.⁴³

Também cabe dizer que, nas chamadas “Jornadas de Junho”, a mídia ultrapassou o seu papel de reprodutora de imagens e participou ativamente do processo, como se pôde perceber pela atuação da “Mídia Ninja” e por uma série de jornalistas, fotógrafos e cinegrafistas que, ao ficarem entre manifestantes e policiais, foram atingidos e gravemente feridos.

Com isso, ficava a dúvida se essa forma mais incisiva de protestar encontra amparo legal, legitimidade e força entre a população ou seria como a imprensa e o governo gostavam de retratar como um movimento marginalizado e criminoso. Sem dúvida, o movimento é válido e legítimo, pois, segundo ele, as ações que repercutiram por parte dos manifestantes foram inseridas e trabalhadas, na maioria dos casos, dentro de um contexto no mínimo duvidoso, como visto na marcha que reuniu 50 mil pessoas no Rio de Janeiro:

Da grande imprensa (e parte da esquerda institucional) se esmeraram em apagar um acontecimento singular na história das lutas no Rio de Janeiro. Como se não estivesse ocorrido uma marcha de, pelo menos, 50 mil pessoas, num caldeamento potente e inédito de sujeitos, agrupando a constelação de lutas pelo direito à cidade. É como se existisse um batalhão de colunistas nas redações apenas esperan-

⁴² CAVA. Bruno. *A multidão foi ao deserto*. São Paulo: Annablume 2013, p. 82.

⁴³ CAVA. Bruno. *A multidão foi ao deserto*. São Paulo: Annablume 2013, p. 83.

do a hora para derramar acriticamente a condenação geral dos “atos de vandalismo”, encaixando os lugares comuns que, acreditam eles, repercutiram nos “leitores médios”. As manchetes, as notícias e colunas se limitaram a forjar a imagem do medo, da balbúrdia, do caos, para tentar tirar mais gente das ruas e dividir o movimento.⁴⁴

O autor conclui seu raciocínio, afirmando ainda que:

O direito vivo que todos somos, enquanto potências de existir, agir, afetar e ser afetado. A potência configurada nessa comunidade heterogênea de direitos. Não seremos enterrados pela geologia da repressão. Os abalos continuam. Poucas vezes o estado e o direito estatal exprimiram tanto o antidireito, a ilegitimidade de suas histerias, neuroses, paranoias institucionais e violência de classe. Não se trata de uma luta do estado de direito x estado de exceção. Trata-se, isso sim, do poder constituinte contra todos os estados⁴⁵.

Ainda é cedo para compreender os sentidos históricos das manifestações de junho de 2013, o que tais movimentos populares poderão representar para a Política, para o Direito e para as políticas públicas. Após tantos protestos relacionados às reformas educacionais, política e ao “combate à corrupção”, o Brasil elegeu o Congresso Nacional mais conservador desde 1964⁴⁶.

4 Análise do Inquérito Policial n. 2013.01.1.098646-4

Antes de analisar propriamente o inquérito, é importante destacar a dificuldade de obtenção de cópia dos autos. Sabe-se que a pesquisa empírica no Brasil ainda está em seus primeiros passos – não só no meio acadêmico, que ultimamente vem discutindo a criação de uma “metodologia de pesquisa empírica em Direito”⁴⁷, mas especialmente em relação aos órgãos componentes do sistema de justiça, que não demonstram sensibilidade para os pedidos dos pesquisadores,

⁴⁴ CAVA, Bruno. *A multidão foi ao deserto*. São Paulo: Annablume 2013. p. 128.

⁴⁵ CAVA, Bruno. *A multidão foi ao deserto*. São Paulo: Annablume 2013. p. 135.

⁴⁶ BRASIL. Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. *Radiografia do novo congresso*: legislatura 2015-2019. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=513&view=finish&cid=2883&catid=41>. Acesso em: 11 maio 2015

⁴⁷ Um exemplo dessas discussões é a criação da Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED), que organiza, anualmente, encontros entre juristas pesquisadores, para compartilhar experiências sobre métodos e técnicas de pesquisa em Direito. A REED também edita a Revista de Estudos Empíricos em Direito, que já conta com três volumes.

ou também não cumprem um princípio básico de um sistema processual que se diz acusatório: a publicidade de seus atos e decisões.

Como a pesquisa apresentada neste trabalho tem traços de um método antropológico, o relato, neste ponto, toma a forma de diário de campo, e o pesquisador Bernardo Costa Meireles o escreve em primeira pessoa.

Primeiramente, fui até a delegacia no dia 14 de março de 2014, com um ofício assinado pela professora orientadora da pesquisa, Carolina Costa Ferreira, no qual se explicava o real motivo do acesso aos inquéritos que investigavam as condutas praticadas por aqueles que participaram das manifestações no dia 5 de junho de 2013, data de abertura da Copa das Confederações FIFA 2013, em Brasília. Até este momento, pensava que encontraria muitos inquéritos, individualizados, de acordo com as condutas praticadas pelos manifestantes, já que as notícias veiculadas pela mídia, à época, davam conta de que centenas de pessoas teriam participado do protesto⁴⁸. Dois meses após a entrega do ofício, depois de muitas idas e vindas à 5ª Delegacia de Polícia Civil, localizada na Asa Norte, e à Delegacia de Polícia Civil Especializada (localizada no Parque da Cidade), meu pedido foi indeferido, sem qualquer tipo de fundamentação ou explicação.

Diante disso, busquei outras esferas administrativas dentro da polícia, além de outras delegacias, para tentar viabilizar o acesso aos inquéritos, mas, da mesma forma, foi-me negado o acesso sem nenhuma justificativa. Com isso, foi feita uma tentativa de busca, no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, de algum inquérito que já teria se tornado ação penal, para tentar viabilizar a análise. Com este raciocínio, consegui localizar o inquérito analisado neste trabalho. Ao comparecer ao Fórum Desembargador Leal Fagundes, para ter acesso aos autos, recebi a informação de que o processo estava com carga para o Ministério Público. Entretanto, após o retorno dos autos ao juízo, consegui tirar a cópia que consta do Anexo II, e em agosto de 2014 aproximadamente cinco meses depois da primeira solicitação, iniciou-se a análise do caso.

⁴⁸ Um bom exemplo da cobertura da mídia no caso das manifestações é o Relatório de Mídia do Senado Federal: BRASIL. Senado Federal. *Relatório de análise de mídia*: clipping Senado Federal e Congresso Nacional. Brasília, jun. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496339/Analise_de_Midia-junho-2013.pdf?sequence=3>. Acesso em: 7 maio 2015.

Trata-se do Inquérito Policial n. 2013.01.1.098646-4, em trâmite perante o primeiro Juizado Especial Criminal de Brasília. Por meio destes autos, pretende-se investigar a modalidade de prisão dos investigados, como o processo foi iniciado e finalizado, as características e a faixa etária das pessoas envolvidas, como foi o tratamento da questão pelo sistema de justiça criminal.

O processo se iniciou com o registro do Termo Circunstanciado n. 663/2013, que foi instaurado no dia 15/06/2013, para investigar 15 (quinze) pessoas. Com base na narrativa da ocorrência, todos foram indiciados pela prática do crime previsto no artigo 41-B, *caput*, da Lei n. 10.671/2003. Apenas uma pessoa foi indiciada pelo crime do artigo 331 do Código Penal e outra indiciada pelo crime do artigo 28 da Lei n. 11.343/06.

Na versão do condutor da viatura policial:

Que estavam realizando serviço de patrulhamento e ronda de praxe quando perceberam um tumulto generalizado próximo à Entrada Principal do Estádio (via N1). Que foram de encontro aos autores para dispersar a confusão, pois os envolvidos aparentavam estar com indícios de invasão e danificação ao Estádio Nacional, e vários dele estavam portando pedras. Que os autores resistiram aos comandos de voz para terminarem o tumulto. Que houve desacato por parte de um dos autores. Que, no momento da detenção e condução à viatura, um dos envolvidos fugiu algemado, evadindo-se em local incerto e não sabido, e sem qualificação. Que demais manifestantes (não qualificados) ainda tentaram tumultuar a situação, com o propósito de impedir a condução dos autores qualificados nesta Delegacia, situação que foi contornada pelos componentes da PMDF. Que haviam mais de 30 (trinta) manifestantes no início da confusão. Que um dos autores, acabou lesionando o rosto, sendo encaminhando para o IML.⁴⁹

Na ocorrência ainda consta que todos os autores, após assinarem os Termos de Compromisso de Comparecimento em Juízo, foram *incontinenti* liberados. No inquérito, há de se ressaltar que, dos 15 (quinze) indiciados, 11 (onze) são solteiros, estudantes, menores de 24 (vinte e quatro) anos, e 10 (dez) moram nas cidades satélites do Distrito Federal. Nenhum dos 15 (quinze) indiciados tem antecedentes penais.

⁴⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Termo Circunstanciado/Ação Penal. *Processo n. 2013.01.1.098646-4*. Primeiro Juizado Especial Criminal. Relator (a): Juíza: Elizabeth Cristina Amarante Branco Minare. Brasília, 11 de julho de 2013.

Tabela 1 -

CIDADES/BAIRROS	Nº DE PESSOAS
CEILÂNDIA	2
GOIÂNIA	1
GUARÁ	1
OCTOGONAL	1
PLANALTINA	1
PLANO PILOTO	3
SAMAMBAIA	1
SÃO SEBASTIÃO	1
SOBRADINHO	1
TAGUATINGA	2
VICENTE PIRES	1
TOTAL	15

Fonte: do Autor

Quanto à realização de exames de corpo de delito, dos 15 (quinze) indicia- dos, 9 (nove) sofreram lesões físicas leves.

Conforme consta das folhas 119/123, o Ministério Público conheceu do termo circunstanciado no dia 18 de julho de 2013 e requereu seu arquivamen- to quanto aos crimes previstos nos artigos 331 do Código Penal e 41 da Lei nº 12.299/2010, com fulcro no artigo 395, III, do Código de Processo Penal. Se- gundo o MP, o crime de desacato previsto no art. 331 do Código Penal significa menosprezo ao funcionário público e, no referido caso, houve a utilização de vocábulos grosseiros, por falta de educação ou de nível cultural, ou pelo estado de exaltação ou nervosismo do agente, o que excluiria o dolo específico do crime de desacato.

Quanto ao crime de promoção de tumulto, prática ou incitação à violên- cia, ou invasão de local restrito aos competidores em eventos esportivos, O Mi- nistério Público entendeu que a investigação conduzida pela polícia não conse- guiui realizar a individualização da conduta dos supostos autores no momento do tumulto, não sendo possível aferir qual seria o real envolvimento de cada um no fato e qual a intenção e participação dos mesmos no referido episódio. Portanto, não havia, nos autos, indícios suficientes de autoria e materialidade para o oferecimento da denúncia – requisitos obrigatórios para o início da ação

penal – e, dessa forma, o Ministério Público pediu o arquivamento do inquérito policial⁵⁰.

Contudo, quanto ao crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, o Ministério Público requereu que fosse designada audiência para os fins do artigo 76 da Lei nº 9.099/95, em relação ao autor que portava a droga no momento da prisão.

Nas folhas 125-126, a juíza proferiu a sentença:

Trata-se de Termo Circunstanciado lavrado com o fim de apurar possível prática de fatos delituosos considerados pela lei como de menor potencial ofensivo, classificados, em tese, no artigo 331, do Código Penal, figurando como suposto autor do fato **FULANO**; no artigo 41-B da lei 12.299/2010 para os demais autores; e no artigo 28 da lei 11.343/06 para **CICLANO**. Narra à peça inicial que os supostos autores do fato, foram abordados quando os policiais militares realizavam patrulhamento próximo ao Estádio Nacional onde supostamente teriam causado confusão no local. Na mesma oportunidade, **FULANO** teria se referido aos policiais como “porcos fardados, filhos da puta”. E ainda que após realização de revista pessoal nos envolvidos foi encontrada na posse de **CICLANO** certa porção de substância reconhecida posteriormente por laudo do órgão competente como “maconha”. Instado, o MPU requereu o arquivamento dos presentes autos, ante a falta de justa causa quanto aos delitos tipificados nos artigos 331 do CP e artigo 41-B da lei 12.299/10, requerendo na mesma oportunidade o prosseguimento do feito quanto à conduta do artigo 28 da lei 11.343/06 praticada pelo autor **CICLANO**. Razão assiste ao Ministério Público. Nota-se que o bem jurídico tutelado pela norma penal que define o crime de desacatar é a dignidade, o prestígio, o decoro, o respeito devido à função pública. E que o núcleo do tipo é desacatar, que significa ofender, vexar, humilhar, menosprezar o funcionário público ofendendo a dignidade ou decoro de sua função. Com efeito, pelo que consta nos autos se depreende que o suposto autor do fato não teve a intenção de desrespeitar a função pública, não estando presente o elemento essencial para a caracterização do tipo penal, a vontade inequívoca de desacatar o servidor público. No que tange à conduta constante do estatuto do torcedor não foi possível aferir real envolvimento de cada um dos supostos autores no deslinde

⁵⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Termo Circunstanciado/Ação Penal. *Processo n. 2013.01.1.098646-4*. Primeiro Juizado Especial Criminal. Relator (a): Juíza: Elizabeth Cristina Amarante Branco Minare. Brasília, 11 de julho de 2013.

fático e nem mesmo a intenção e a participação de cada um no episódio. Do exposto, ante a falta de justa causa, acolho a cota ministerial de fls. 116/120 e, nos termos do artigo 395, inciso III do CPP, determino o arquivamento dos autos quanto às condutas tipificadas no artigo 331 do CP e artigo 41-B da Lei 12.299/10, depois de cumpridas as formalidades legais. Quanto ao suposto autor dos fatos **CICLANO**; pela prática do delito tipificado no artigo 28 da lei de repressão às drogas, determino que os autos retornem ao cartório para a designação de data para a realização de audiência de proposta de transação penal nos moldes do artigo 76 da lei 9.099/95. PRI.⁵¹ (Grifo Nosso)

Há alguns pontos no decorrer desse procedimento que precisam ser analisados. Primeiramente, há de se ressaltar que, segundo consta na ocorrência, os policiais prenderam e conduziram os autores se baseando no procedimento na prisão em flagrante, que encontra amparo legal e constitucional. Entretanto, não deve prosperar esse entendimento, pois, segundo Machado: “o flagrante é a qualidade de um delito que está sendo cometido. Portanto, o termo flagrante designa a ação criminosa que está em andamento, ou que está acontecendo.”⁵²

Apesar de nem o Ministério Público e nem a juíza mencionarem expressamente, em suas manifestações, os tipos das prisões ocorridas, fica nítido que esse procedimento nos remete ao inócuo instituto da prisão para averiguação, que já não tem mais amparo legal nem constitucional nos dias atuais, mas se encontra presente atualmente, pelo fato da deturpação que o Estado faz na norma, haja vista que, conforme consta no processo, alguns requisitos não foram observados para que se pudesse afirmar ser o instituto da prisão em flagrante, pois segundo explana Machado:

De fato, a prisão em flagrante tanto obsta a ação criminosa que está ainda em curso – no caso do flagrante próprio – e com isso acautela o direito do sujeito passivo atingido pela conduta criminosa do agente, quanto restringe a liberdade do autor do delito possibilitando a realização da prova e a preservação do corpus delicti, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal.⁵³

Portanto, observa-se que, nesse caso, nenhum outro tipo de prisão se en-

⁵¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Termo Circunstanciado/Ação Penal. *Processo n. 2013.01.1.098646-4*. Primeiro Juizado Especial Criminal. Relator (a): Juíza: Elizabeth Cristina Amarante Branco Minare. Brasília, 11 de julho de 2013.

⁵² MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 615.

⁵³ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 618.

caixa nesses procedimentos, pois segundo consta nos autos do processo, as prisões se basearam na presunção de invasão e danificação ao Estádio Nacional de Brasília, sem qualquer indício de autoria e materialidade que pudesse corroborar com tal tese e que, assim, pudesse justificar os flagrantes. No caso analisado configurou-se, assim, uma prisão para averiguação.

Outro ponto que merece ser mencionado diz respeito à forma de condução dos investigados à prisão, pois, segundo consta no processo, dos 15 (quinze) indiciados, 9 (nove) sofreram lesões leves, conforme apresenta o laudo do exame de corpo de delito, sendo que nenhum deles estava portando qualquer tipo de arma. Portanto, mais uma questão problemática e tão discutida se faz presente nesse caso, que é o excesso das ações da polícia e seu caráter repressor.

Um ponto que tem de ser analisado e ressaltado refere-se às características dos acusados: dos 15 (quinze) indiciados, 11 (onze) são solteiros, menores de 24 (vinte e quatro) anos, não têm ensino superior, sem antecedentes criminais e 10 (dez) são domiciliados nas cidades-satélites, mostrando mais uma vez que o Estado age buscando exercer sua força e autonomia nas classes mais frágeis.

Evidenciam-se, dessa forma, nítidos abusos em relação aos tipos de prisão, pois os fatos não demonstram a prática de crimes, não podendo haver prisão em flagrante. Ressalta-se ainda que o caso também não se amolda à prisão temporária, pois, com base em Machado, apesar de ser conhecida para auxiliar e ser imprescindível para as investigações, certas verificações que precisam estar presentes, como a averiguação de indícios suficientes de autoria, se a ocorrência do crime realmente está provada e se a prisão do indiciado está de acordo com os objetivos de garantia da ordem pública, de conveniência da instrução criminal e de certeza da aplicação penal⁵⁴.

No que tange à prisão preventiva, não há o que falar nesse caso, pois os seus pressupostos também não foram respeitados, pois segundo consta no artigo 312 do Código de Processo Penal: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.⁵⁵

⁵⁴ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 643

⁵⁵ BRASIL. Código de Processo Penal. In: VADE Mecum. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 583-693. p 596.

Entretanto, no referido caso, não houve nenhum tipo de crime, apenas algumas suposições e deduções de que poderia ocorrer algo, segundo consta na versão do policial condutor, no boletim de ocorrência nas fls. 19/21. Além disso, observa-se também que os objetivos finais se assemelham com os da prisão para averiguação, haja visto que atendeu aos interesses de uma minoria da população, bem como auxiliou e de certa forma “legitimou” as ações do governo, pois retirou do espaço da Copa da Confederações o “incômodo” das manifestações, no dia da sua abertura, cumprindo assim seu objetivo final.

Outro ponto que merece ser analisado, além da prisão para averiguação, é a forma pela qual a polícia conduziu o grupo de pessoas que estavam envolvidos no tumulto, pois, segundo consta nos autos do processo, a maioria sofreu ferimentos leves em razão da brutalidade com que foram conduzidos à delegacia.

Portanto, com base na análise do processo, constata-se que houve diversos abusos por parte da polícia, tanto na abordagem, como na condução para a delegacia, da forma que foi realizada a prisão, entre outros diversos fatores. Entretanto, no âmbito judicial, apesar de se não tocar especificamente no que tange à prisão para averiguação, retratando os seus abusos e condenando esse tipo de instituto, bem como as atitudes e os instrumentos realizados pela polícia, houve o arquivamento do caso, com base na falta da realização de individualização de conduta, pois, segundo a juíza, não houve aferição do envolvimento de cada um dos supostos autores.

Diante disso, é nítido que a prisão para averiguação não pode ter espaço num regime democrático, tanto que tal instituto não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pelo fato de restringir diversos princípios constitucionais, bem como processuais e diversos direitos fundamentais, além de não estar presente no ordenamento jurídico brasileiro como um tipo de prisão.

5 Conclusões possíveis

Enquanto não houver uma mudança de postura nos componentes do sistema de justiça criminal, temas que deveriam ser ultrapassados devido à evolução e ao desenvolvimento conquistado pela sociedade podem gerar regressão, pois a lei não vem sendo respeitada na prática. Dessa forma, observa-se que, apesar de atualmente haver algumas matérias, sistemas, princípios bem consoli-

dados no ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso do tratamento jurídico das prisões, dependendo do caso concreto sempre haverá uma relativização, em razão dos interesses de algumas classes dominantes, pelo favorecimento e fortalecimento do Estado.

Referências

ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

BENJAMIN, Walter. Sobre a crítica do poder como violência. In: _____. *O anjo da história*. Trad. João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2012. p. 57-82.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Ata da 341ª Sessão, em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf#page=>>>. Acesso em: 11 maio 2014.

BRASIL. Código de processo penal. In: VADE Mecum. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 583-693.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. 35. ed. Brasília: Camara dos Deputados, 2012. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1366/constituicao_federal_35ed.pdf?sequence=26>. Acesso em: 23 mar. 2014

BRASIL. Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. *Radiografia do novo congresso: legislatura 2015-2019*. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=513&view=finish&cid=2883&catid=41>. Acesso em: 11 maio 2015.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório de análise de mídia*: clipping Senado Federal e Congresso Nacional. Brasília, jun. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496339/Analise_de_Midia-junho-2013.pdf?sequence=3>. Acesso em: 7 maio 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 107644 SP*. Primeira Turma. Paciente: Alessandro Rodrigues. Impetrante: Renée Fernando Gonçalves Moitas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 6 de setembro de 2011. <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621660/habeas-corpus-hc-107644-sp-stf>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

CAVA, Bruno. *A multidão foi ao deserto*. São Paulo: Annablume 2013.

COM vandalismo: documentário. Produção: Nigéria Filmes. Fortaleza, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=KktR7Xvo09s>> Acesso em: 7 maio 2015

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Termo Circunstanciado/Ação Penal. *Processo n. 2013.01.1.098646-4*. Primeiro Juizado Especial Criminal. Relator (a): Juíza: Elizabeth Cristina Amarante Branco Minare. Brasília, 11 de julho de 2013.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FLACH, Norberto. *Prisão processual penal*: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2009.

GOHN, Maria da Glória. *Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praças dos indignados no mundo*. Petrópolis: Vozes, 2014.

LENTE VIVA FILMES. 20 Centavos, O filme: trailer. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Ep72ll9ENI0>> Acesso em: 11 maio 2015

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Ana Cláudia Peixoto. *Temas de direito penal*. Rio de Janeiro: Bookmakers, 2012.

MOVIMENTO PASSE LIVRE. *Luta contra o aumento de 2013*. Disponível em: <<http://saopaulo.mpl.org.br/tag/luta-contr-o-aumento-2013/>>. Acesso em: 11 maio 2015

MOVIMENTO PASSE LIVRE. *Tarifa zero*. Disponível em: <<http://saopaulo.mpl.org.br/tarifa-zero/>>. Acesso em: 11 maio 2015

NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

O ESTOPIN. Direção: Rodigo Mac Nivem. Produção: Mariana Genescá. Rio de Janeiro: blahcultural, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fxNRBBWM-q9c>> Acesso em: 11 maio 2015

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3.

O corte do fornecimento de água em face do inadimplemento do consumidor: análise à luz do Diálogo das Fontes

The suspension of water supply because consumer default: analysis based on "Sources Dialogue"

Gabriela Gomes Acioli Cesar¹
Leonardo Roscoe Bessa²

Resumo

O artigo trata da legalidade da suspensão de fornecimento de água ao consumidor quando inexistir o pagamento do serviço. A questão é analisada com enfoque em diferentes diplomas legais, principalmente o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos (Lei 8.987/95). Propõe-se solução a partir do Diálogo das Fontes, com especial relevo para a cláusula constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Água. Serviço público. Bem essencial. Corte. Inadimplemento do consumidor. Diálogo das Fontes. Dignidade da pessoa humana.

1 Introdução

O presente artigo aborda a questão relativa à possibilidade de interrupção do fornecimento de água em face do inadimplemento do consumidor. Embora o tema já tenha sido objeto de inúmeros acórdãos e atenção da doutrina, observa-se que as posições são antagônicas, ora permitindo, ora vedando o corte do fornecimento, sem atentar para a possibilidade de, a partir de *diálogo das fontes*, prestigiar ambas alternativas.

Com o propósito de demonstrar a necessidade de exame mais cauteloso dos casos que se apresentam no âmbito administrativo e jurisdicional, o presente artigo, em um primeiro momento, destaca a essencialidade da água para a vida e

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Servidora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF.

² Professor de Graduação e Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB, Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB, Doutor em Direito Civil pela UERJ. Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal (MPDFT).

dignidade da pessoa humana. Em seguida, delinea-se panorama normativo do tema para evidenciar, de um lado, a extrema relevância do serviço público e, de outro, a necessidade de contribuição pecuniária de todos para funcionamento adequado do sistema de abastecimento de água.

Na problematização do tema, demonstra-se a multiplicidade de posições doutrinárias, bem como as divergências no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, órgão do Judiciário que possui competência constitucional para definição final do tema.

Apresenta-se o *diálogo das fontes* como caminho possível para análise da contradição – aparente – entre os diplomas legais que regem o serviço, destacando a necessidade de exame detido para verificar, no caso concreto, a consequência da interrupção de fornecimento da água, principalmente no que concerne à ofensa da dignidade da pessoa humana.

2 A essencialidade da água

A importância da água é uma constante histórica. Na visão mitológica, a água trazia consigo as sementes da vida, além dos medos que corriqueiramente eram evocados pelas figuras míticas dela oriundas³. O homem, percebendo a importância deste bem natural tanto para sua manutenção quanto para o desenvolvimento de suas atividades, foi ao longo da história tentando dominar a sua gestão.

Na Antiguidade, os fenômenos naturais tinham uma conotação bastante mística vinculada à simbologia religiosa que imperava nas sociedades daquele tempo. A água, por sua vez, era considerada a origem da vida e, consequentemente, motivo de devoção para muitas culturas. Povos como os Gregos, Romanos, Egípcios e Mesopotâmios construíram verdadeiros impérios hidráulicos com a finalidade de gerir este recurso para o desenvolvimento de suas civilizações e sobrevivência das sociedades. Entretanto, as técnicas destinadas à administração das águas ainda eram incipientes para que o acesso fosse garantido a todos, tanto que ao longo do tempo surgiram muitas doenças e epidemias decor-

³ SILVA, Elmo Rodrigues da. Um percurso pela história através da água: passado, presente, futuro. In: CONGRESSO INTERAMERICANO DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL, 27., 2000, Porto Alegre. [Trabalhos...]. Rio de Janeiro: ABES, 2000. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsaidis/saneab/xi-009.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2015.

rentes da falta de acesso à água tratada.⁴

A situação de escassez e até mesmo de regime de recessão se dava pelo fato de que os grandes líderes de civilizações, como a Egípcia, se utilizavam da sacralidade que envolvia as criaturas da natureza, para subjugar os povos e manter o controle sobre os súditos⁵. Ora, sem água não se pode viver, portanto, aquele que mantinha a gestão deste bem era visto como poderoso e, neste caso, divino, tendo em vista toda a religiosidade impregnada dos povos teocráticos.

Com as epidemias, percebeu-se a vinculação existente entre a necessidade de saneamento, abastecimento de água e o devido tratamento à saúde das pessoas. A evolução tecnológica científica, ocorrida na passagem da Idade Média para o Renascimento, permitiu uma mudança de visão, retirando da água esse aspecto eminentemente sacramental⁶, como também de mera utilização para o fomento das atividades agrícolas e direcionando para a questão da saúde pública, adotando, assim, medidas técnicas e sanitárias com o intuito de estancar o mal que assolava as civilizações: o surto epidêmico.

A situação se agravou na transição entre o período medieval e o período moderno devido às contínuas guerras, fazendo com que fossem construídas nas cidades fortificações com escavações de fossos canalizados em que as águas ficavam paradas e se tornavam propulsoras de inúmeras doenças.⁷

⁴ SILVA, Elmo Rodrigues da. Um percurso pela história através da água: passado, presente, futuro. In: CONGRESSO INTERAMERICANO DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL, 27., 2000, Porto Alegre. [Trabalhos...]. Rio de Janeiro: ABES, 2000. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsaidis/saneab/xi-009.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2015.

⁵ SILVA, Elmo Rodrigues da. Um percurso pela história através da água: passado, presente, futuro. In: CONGRESSO INTERAMERICANO DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL, 27., 2000, Porto Alegre. [Trabalhos...]. Rio de Janeiro: ABES, 2000. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsaidis/saneab/xi-009.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2015.

⁶ A sacralidade da natureza ocorre através do que se denomina 'freios homeostáticos', os quais seriam códigos legislativos empíricos, de fundo religioso, análogos aos princípios ecológicos que regulam o equilíbrio das relações naturais. Pode-se dizer que os 'freios homeostáticos mentais' seriam produzidos pelas normas de comportamento vinculadas às tradições e aos costumes, as quais se manifestam através dos rituais míticos que dão à natureza o seu caráter sagrado (LAYRARGUES, 1996). SILVA, Elmo Rodrigues da. Um percurso pela história através da água: passado, presente, futuro. In: CONGRESSO INTERAMERICANO DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL, 27., 2000, Porto Alegre. [Trabalhos...]. Rio de Janeiro: ABES, 2000. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsaidis/saneab/xi-009.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2015.

⁷ SILVA, Elmo Rodrigues da. Um percurso pela história através da água: passado, presente, futuro. In: CONGRESSO INTERAMERICANO DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL, 27., 2000, Porto Alegre. [Trabalhos...]. Rio de Janeiro: ABES, 2000. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsaidis/saneab/xi-009.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2015.

Com a modernidade e a mudança de paradigmas, os governos europeus tiveram uma maior preocupação com o controle na gestão da água e com o aumento da distribuição deste bem, partindo-se para uma busca de modelo de saneamento adequado a ser implantado.

No que tange à epidemiologia, as descobertas da medicina no século XIX e início do século XX levaram a administração pública a prover uma revolução no campo estrutural das cidades, com o fito de erradicar a insalubridade existente por meio da construção de redes de água canalizadas, voltando sua política para a saúde da coletividade.⁸

Portanto, como se pode perceber, o acesso à água é intrínseco à garantia de uma vida saudável e com dignidade. Estipular medidas que deixem de fora do abastecimento de água uma parcela da população, principalmente aqueles que não podem pagar por seu tratamento e fornecimento, é fomentar a busca por medidas alternativas, como assim fizeram os povos em outras épocas. Isto se torna perigoso e, a longo prazo, dispendioso para o próprio Estado, o qual arcará, inevitavelmente, com custos maiores na área da saúde pública, posto que as consequências possíveis e previsíveis são o alastramento de doenças e epidemias.

Somado a tudo isso, em julho de 2014, a crise da água tomou conta do país, a começar por São Paulo. Com o esvaziamento do reservatório Cantareira e as previsões de falta de chuva, a cidade enfrentou a maior crise hídrica dos últimos 80 anos.

A urbanização, que aumenta a poluição dos rios e dificulta o acesso à água potável, associada a vários outros fatores já conhecidos, como a verticalização, a impermeabilização do solo, a falta de planejamento e a sobrecarga do sistema de abastecimento e coleta, contribuíram para a instalação da crise atual.

Além disso, a água que chega até a torneira passa por tubulações construídas em 1940 ou 1950. Ou seja, um sistema defasado, o que facilita o desperdício.

A cada segundo, mais de 1200 litros são jogados fora no processo de distribuição. Com toda a água desperdiçada no país ao longo de um dia, daria para

⁸ SILVA, Elmo Rodrigues da. Um percurso pela história através da água: passado, presente, futuro. In: CONGRESSO INTERAMERICANO DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL, 27., 2000, Porto Alegre. [Trabalhos...]. Rio de Janeiro: ABES, 2000. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsaidis/saneab/xi-009.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2015.

abastecer 932 milhões de pessoas (ou três vezes a população dos EUA). Isso porque explora-se pouco - e mal - os recursos hídricos aqui existentes.⁹

3 O fornecimento de água como dever do Estado

A água foi consagrada como bem de domínio público na Lei n. 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos. O seu fornecimento é de responsabilidade do Poder Público, justamente pelo seu caráter de essencialidade. A Lei de Greve (Lei n. 7.783/89) estabelece expressamente que o serviço de abastecimento de água é essencial (art. 10, I).

Este diploma legal reconhece o que a experiência histórica indica. A essencialidade diz respeito à necessidade do ser humano, garantindo, assim, sua saúde, segurança, bem estar e a vida com dignidade, elemento fundamental para estabelecer quais serviços devem ser prestados pelo Poder Público.

A água, apesar de compor mais de 70% do planeta, tem como porcentagem servível para consumo menos de 1%¹⁰. Com a evolução e o crescimento da população, este bem da natureza torna-se cada vez mais escasso e o seu consumo precisa ser equilibrado, gerido de forma a garantir a saúde da sociedade no presente, mas com vistas para a geração futura. Por este motivo, também constitui dever do Estado se responsabilizar por sua gestão, tratamento e distribuição de maneira equitativa e sustentável.

O seu fornecimento não está atrelado apenas à dignidade da pessoa humana (em ótica individual), mas também à tutela do Estado no que tange à saúde coletiva, posto ser pressuposto fundamental e dever do Poder Público promover políticas públicas de controle da saúde pública. Sabe-se que os gastos são menores em se tratando de investimento em saneamento básico do que na resolução dos problemas advindos da precariedade e má-higienização da sociedade. De acordo com a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as ações e serviços de saúde, o saneamento básico, que inclui o fornecimento de água tratada para consumo, constitui fator determinante para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 3º).

⁹ COHEN, Otavio. *O fundo do poço*. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/crise-agua/ofundodopoco.shtml>>. Acesso em: 05 maio 2015.

¹⁰ UNIVERSIDADE DA ÁGUA. *Água no planeta*. Disponível em: <<http://www.uniagua.org.br/publichtml/website/default.asp?tp=3&pag=aguaplaneta.htm>>. Acesso em: 17 maio 2015.

Este caráter essencial do fornecimento de água traz consigo outras perspectivas, quais sejam: o direito de acesso a este serviço deve ser garantido a todas as pessoas em igualdade de condições, ou seja, todos devem poder usufruir do serviço adequadamente, sem distinção de qualquer ordem, principalmente a econômica, bem como a questão da continuidade do serviço, que será abordada mais adiante.

Como visto, a titularidade da prestação do serviço público essencial de fornecimento de água é do Poder Público, em que pese representado pelos três entes federativos que decidirão de acordo com a realidade de cada um e conforme as peculiaridades de cada região. O art. 175 da Constituição Federal estabelece que a prestação de serviços públicos é de responsabilidade do Poder Público, direta ou indiretamente sob regime de concessão ou permissão, nestes casos sempre feito por licitação, em conformidade com a lei.

Devido ao caráter e a especificidade do bem a ser prestado, o Poder Público manteve por muito tempo o monopólio do fornecimento sob os seus cuidados, até pela íntima relação do serviço com a saúde da coletividade, com o fito de não transferir para particulares uma atividade que não deve, sob hipótese alguma, se submeter ao alvedrio de empresas que funcionam com finalidade lucrativa e respondendo às leis egoísticas de mercado.

Todavia, a política desenvolvimentista, a globalização e as pressões dos grupos econômicos externos, no sentido de o Brasil desempenhar de maneira satisfatória e rentável o desenvolvimento de suas atividades, cumprindo os compromissos assumidos no âmbito internacional, foram impulsionadores do Estado brasileiro no que diz respeito ao início da prestação dos serviços públicos por meio de terceiros que passaram a executar as tarefas, antes de incumbência apenas do Poder Público centralizador, por meio de delegação.

Juridicamente, este instituto foi previsto na Constituição da República como um dos instrumentos de descentralização do Estado. Assim, o Poder Público possui a incumbência de prestar os serviços públicos diretamente (por seus órgãos e agentes) ou, indiretamente, por meio de concessão ou permissão.

Em 1995, o legislador ordinário cumpriu o determinado pelo art. 175 da Constituição Federal e promulgou, em 13 de fevereiro, a Lei n. 8.987 que trata do regime de Concessão e Permissão no serviço público. Dentre muitos conceitos, a lei estabeleceu uma série de princípios que devem nortear a prestação dos servi-

ços públicos fornecidos direta e indiretamente. Ressalte-se que, tanto os que sejam diretamente prestados pela Administração quanto os que forem fornecidos por particulares, principalmente estes, precisam observá-los no desempenho e qualificação de suas atividades.

Entre os princípios elencados na lei – regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia, modicidade das tarifas – recebe destaque para o presente estudo o que trata da continuidade dos serviços. Cabe destacar, todavia, que a própria lei prevê hipóteses nas quais o serviço pode sofrer solução de continuidade: Uma delas é justamente quando o usuário deixa de realizar o pagamento pecuniário pelo serviço (art. 6º, § 3º, II).

O capítulo da Constituição Federal em que está inserido o instituto da Concessão dos serviços públicos é o que dispõe sobre a ordem econômica e financeira. Por essa razão, se faz necessário respeitar os princípios elencados no início da Carta, como também os listados no art. 170, cuja disposição é no sentido de que a ordem econômica na consecução de suas atribuições precisa garantir a todos uma existência digna, assegurada, no inciso V, a defesa do consumidor (v. item seguinte).

4 Código de Defesa do Consumidor e a proteção conferida a serviços públicos essenciais

O fundamento da proteção do consumidor pelo Estado é sua vulnerabilidade – fragilidade – no mercado do consumo. Ao contrário do que propugnava a teoria econômica clássica, as reais necessidades do consumidor não foram, nem são, tão preponderantes para definição da estrutura e objetivos dos integrantes da cadeia de produção e comercialização de bens e serviços. “Hoje, os economistas reconhecem que a realidade primária, a ser levada em consideração, na análise do mercado, não são as necessidades individuais dos consumidores e sim o poder econômico dos organismos produtores, públicos ou privados.”¹¹

O consumidor está, sob diversos enfoques, em visível situação de fragilidade – vulnerabilidade – no mercado de consumo, não apenas – ressalte-se – em

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito econômico. *Revista Forense*, São Paulo, v. 255, n. 877-879, p 19-28, jul./set. 1976. p. 19.

relação a interesses patrimoniais, mas também, e com maior intensidade, em seus interesses existenciais (projeções da dignidade humana).

Historicamente, tal fragilidade intensificou-se na mesma proporção do processo de industrialização e massificação das relações no mercado de consumo, ocorrido, particularmente, nas décadas posteriores ao término da Segunda Guerra Mundial. Ante essa constatação, diversos países, principalmente a partir da década de 70, editaram normas de tutela dos interesses dos consumidores.¹²

No Brasil, a Constituição de 1988 referiu-se à proteção jurídica do consumidor em três oportunidades. A defesa do consumidor pelo Estado inclui-se entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXII). Em outro tópico, como um dos princípios gerais da atividade econômica, indicou-se a proteção dos interesses do consumidor (art. 170, V). Ademais, nos termos do art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias, restou estabelecido que o Congresso Nacional deveria, no prazo máximo de 120 dias, após a promulgação da Constituição, elaborar um código de defesa do consumidor.

Ainda sob perspectiva constitucional, a dignidade da pessoa humana, fundamento expresso da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF), justifica a tutela da pessoa humana no mercado de consumo. De fato, “a proteção do consumidor deve ser estudada como momento particular e essencial de uma tutela mais ampla: aquela da personalidade humana.”¹³

O mercado de consumo, principalmente em face de sua conformação massificada, enseja, em diversos aspectos, ofensa à dignidade da pessoa humana,

¹² Cite-se, apenas a título de exemplo, a Lei alemã de 09/12/1976, conhecida como *AGB-Gesetz*, sobre condições gerais dos contratos, Lei francesa de 22.12.72 relativa à venda a domicílio, e o *Fair Credit Reporting Act* de 1970, que, ainda hoje, disciplina os bancos de dados de proteção ao crédito nos Estados Unidos.

¹³ Gustavo Tepedino, o qual, sustenta, com absoluta propriedade, que o art. 5º, XXXII, art. 170, V, devem ser analisados em conjunto com o disposto no art. 1º, III e 3º, III, da Constituição Federal: “O Constituinte, assim procedendo, não somente inseriu a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirma que sua proteção deve ser feita do ponto de vista instrumental, ou seja, com a instrumentalização dos seus interesses patrimoniais à tutela de sua dignidade e aos valores existenciais. Trata-se, portanto, do ponto de vista normativo, de proteger a pessoa humana nas relações de consumo, não já o consumidor com uma categoria per se considerada.” TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: _____ (Coord.). *Temas de direito civil*. São Paulo: Renovar, 1999. v. 2. p. 265-281. p. 279-281. Outros autores têm destacado a importância de análise do Código de Defesa do Consumidor a partir de perspectiva constitucional e com especial destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana.

tanto pelos inúmeros acidentes de consumo (com ofensa à integridade psicofísica do consumidor), publicidades abusivas, controle de dados pessoais do consumidor (perda da privacidade), cobrança abusiva de débito, quanto – ressalte-se – pela negação de serviços públicos essenciais como o fornecimento de água.

Em 11 de setembro de 1990, editou-se a Lei Federal n. 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), a qual dispõe sobre “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social” (art. 1º).¹⁴ Considerando os propósitos do artigo, destacam-se os dispositivos que se aplicam aos serviços públicos.

O art. 3º, *caput*, estabelece o conceito de fornecedor, enquadrando também o Poder Público quando afirma ser “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada” que disponibilize produtos ou serviços no mercado de consumo. Além disso, o parágrafo 2º do mesmo artigo aponta de forma ampla o serviço que será objeto de uma relação de consumo, inseridos os públicos. Mais à frente, no artigo 4º, ao elencar os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, tutela o atendimento das necessidades dos consumidores tomando como mecanismo para se chegar a este objetivo o princípio da racionalização e melhoria dos serviços públicos.

Acrescente-se que, entre os direitos básicos do consumidor, está a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º, X). Para encerrar o panorama normativo do Código de Defesa do Consumidor, em relação ao tema, o art. 22 dispõe que “os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento,

¹⁴ O CDC inspirou-se em importantes modelos legislativos de outros países. A maior influência veio do *Projet de Code de la Consommation*. Os direitos básicos do consumidor foram extraídos da Resolução 39/248, da ONU. Merecem referência, também, a Lei General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios da Espanha (Lei 26/1984), a Lei 29/81, de Portugal, a Lei Federal de Protección ao Consumidor, de 05 de fevereiro de 1976, do México e a *Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979, no Quebec. Em relação a matérias específicas, houve inspiração no Direito Comunitário europeu: Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo). Concernente à proteção contratual do consumidor, citem-se o Decreto-lei 446/85 de Portugal e a *Gesetz zur Regelung des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de dezembro de 1976, da Alemanha. A influência do direito norte-americano decorreu diretamente do *Federal Trade Commission Act*, do *Consumer Product Safety Act*, do *Truth in Lending Act*, do *Fair Credit Reporting Act* e do *Fair Debt Collection Practices Act*. Registre-se, ainda, influência indireta na medida em que as regras europeias mais modernas de proteção ao consumidor inspiraram-se nos cases e estatutes americanos.

são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”¹⁵.

Diante do quadro apresentado, chega-se ao problema a ser enfrentado neste artigo. Como resolver a contradição – ao menos aparente – do ordenamento jurídico. De um lado, considera-se o fornecimento de água como serviço essencial e que, portanto, não pode ser interrompido (Lei de Greve e Código de Defesa do Consumidor, Leis n. 7.783/89 e 8.078/90, respectivamente). De outro, admite-se a suspensão do fornecimento em face de inadimplemento do consumidor (Lei n. 8.987/97, art. 6º, § 3º, II). Qual norma deve prevalecer? A questão deve ser resolvida pelos critérios tradicionais de conflito de leis no tempo? Propõe-se, como desenvolvido na sequência, a necessidade de realizar *diálogo das fontes* para obtenção das respostas possíveis.

5 Diálogo das fontes

Em todo e qualquer debate relativo à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, é fundamental perceber que a incidência do diploma de proteção ao consumidor a determinado suporte fático não afasta, além de perspectiva constitucional (dignidade da pessoa humana), análise simultânea e harmoniosa com outras fontes legais.

A velocidade dos fatos tem conduzido a uma inflação de leis específicas nas mais diversas áreas. A Constituição Federal, em face de sua superioridade hierárquica e da complexidade cada vez maior do ordenamento jurídico, ganha missão – principalmente pelas mãos dos intérpretes – de conferir coerência a esta multiplicidade de fontes normativas.

Nessa linha, Pietro Peringieri destaca a importância da Constituição Federal como unificadora de valores do ordenamento jurídico, o qual tem sido representado por um número crescente de fontes legislativas fragmentadas. Ressalta o jurista italiano que “numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes” e que a perda de centralidade do Código Civil no séc. XX transfere o papel unificador do sistema

¹⁵ BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015

para a Constituição, a qual passa a estabelecer um desenho global para unir as mais variadas fontes legais.¹⁶

A partir desta perspectiva constitucional, há que se buscar uma convivência harmônica entre diversas fontes legais.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), em razão do *corte horizontal* nas mais diversas relações jurídicas, é significativo exemplo da necessidade atual de convivência com diversos outros diplomas. A par da necessária utilização de base conceitual do Código Civil, o art. 7º, *caput*,¹⁷ do CDC é expresso no sentido de que não é exclusividade dele estabelecer os direitos do consumidor. Outras normas podem, especialmente quando mais vantajosas ao consumidor, ser invocadas e aplicadas e, inevitavelmente, analisadas em conjunto, buscando-se sempre coerência e harmonia nas conclusões.

O Código de Defesa do Consumidor é, em relação ao Código Civil, norma especial que considera, preponderantemente, a vulnerabilidade do consumidor no mercado. É, em regra, norma especial quanto ao sujeito. Sua incidência, entretanto, não afasta, *a priori*, a aplicação de outras normas especiais. O serviço de fornecimento de água bem exemplifica a crescente edição de leis especiais, em relação à matéria, que convivem com o esse diploma legal.

Reitere-se a necessidade da perspectiva constitucional apontada: na análise simultânea de diversas normas do mesmo nível hierárquico, deve o intérprete, em ponderação de bens, conferir eficácia aos princípios, valores e direitos garantidos constitucionalmente.¹⁸

A tarefa do intérprete e aplicador do direito de hoje, portanto, é bem mais complexa e dinâmica, demanda exame concomitante de diversos normativos em que pouca utilidade terão os critérios tradicionais de solução de conflitos (antinomia) de leis, estabelecidos na Lei de Introdução às normas do Direito

¹⁶ PERINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 04-06.

¹⁷ Art. 7º, *caput*, do CDC: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.” BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015.

¹⁸ Sobre ponderação de valores constitucionais, v., por todos: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Brasileiro.¹⁹

A propósito, Cláudia Lima Marques, baseando-se em Erik Jaime, ressalta a necessidade de haver o que, sugestivamente, denomina *diálogo das fontes*: “Aqui a preocupação do direito é a legitimidade da solução, pois todas as normas em conflito são ‘válidas’ e devem ter alguma eficácia, mesmo que auxiliar. O *diálogo das fontes* é, pois, a aplicação simultânea, compatibilizadora, das normas em conflito, sob a luz da Constituição, com efeito útil para todas as leis envolvidas, mas com eficácias (brilhos) diferenciadas a cada uma das normas em colisão, de forma a atingir o efeito social (e constitucional) esperado. O ‘brilho’ maior será da norma que concretizar os direitos humanos envolvidos no conflito, mas todas as leis envolvidas participarão da solução concorrentemente.”²⁰

Em outra sede, a autora esclarece: “Em seu curso Geral de Haia, de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, ensinava que, em face do atual ‘pluralismo pós-moderno’ de um Direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgem a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema eficiente e justo. Efetivamente, cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo.”²¹

Diante desse quadro, é absolutamente insuficiente sustentar que, por existir lei especial disciplinando determinado setor, afasta-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Deve-se, ao contrário, buscar o convívio harmônico dos variados diplomas legais: um auxiliando e oferecendo elementos de interpretação para o outro, sempre, destaque-se, sob as luzes dos princípios e valores constitucionais. Antes de afastar a aplicação de uma das fontes, deve-se buscar a possibilidade de interpretação coerente entre as diversas

¹⁹ O Dec-lei 5.657/42 estabelece que as leis gerais não revogam as especiais e não são revogadas por elas (art. 2o). A dificuldade, entretanto, reside em definir o que é *geral* e *especial* e, invariavelmente, harmonizar a existência de *duas leis especiais*, uma em relação aos sujeitos da relação (consumidor e fornecedor) e outra em relação ao objeto (plano de saúde, por exemplo). BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 611-613.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de defesa do consumidor e o novo código civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003. p. 71-72.

fontes. É o que se pretende fazer para análise da polêmica relativa ao corte do fornecimento de água em face de inadimplimento do consumidor.

5.1 O diálogo das fontes como solução

Antes de melhor explicitar o *diálogo das fontes* como caminho adequado para análise da questão, faz-se breve revisão bibliográfica para demonstrar como são díspares as posições doutrinárias sobre a possibilidade de corte do fornecimento de água em face da inadimplência do consumidor.

Zelmo Denari sustenta a legalidade de corte em razão do inadimplemento, mas destaca que “a interrupção no fornecimento do serviço público não pode ser efetivada *ex abrupto*, como instrumento de pressão contra o consumidor, para forçá-lo ao pagamento da conta em atraso.”²² Acrescenta que, se o usuário for pessoa jurídica de direito público, “a interrupção é inadmissível, porque, além de estar em causa o interesse público – cuja supremacia é indiscutível em termos principiológicos –, o ente público pode invocar, em sentido diametralmente oposto, o postulado dos serviços que presta à população em geral.”²³

Fabio Amorim da Rocha defende a relativização do princípio da continuidade. Para o autor é inteiramente eficaz e válida a disposição normativa que estabelece não figurar descontinuidade do serviço a interrupção nos casos emergenciais ou, após prévio aviso, por razões de ordem técnica ou de segurança, bem como por inadimplência do usuário, levando em conta o interesse da coletividade (art. 6º, §3º, I e II da Lei n. 8.978/95).²⁴

Fernando Costa de Azevedo propugna que não aplicar o disposto na norma autorizadora da suspensão nos casos de inadimplência consiste em fomentar o enriquecimento sem causa por parte de muitos usuários-consumidores, os quais, de má-fé, se aproveitam do princípio destinado à proteção dos seus interesses. Desta maneira, tornar-se-ia inviável a manutenção do serviço, tendo em vista que sem o retorno de todos os usuários não existiria suporte financeiro suficiente para a melhoria e até mesmo universalização do serviço. Haveria um

²² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007. p. 216.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007. p. 216.

²⁴ ROCHA, Fábio Amorim da. *A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores inadimplentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 30-33.

desequilíbrio financeiro e também uma maior oneração para os usuários-consumidores adimplentes, que, por sua vez, acabariam arcando com os custos do serviço.²⁵

Para Alessandro Segalla, no que tange principalmente ao fornecimento de água, há necessidade de se ter uma visão mais ampla no sentido de que a prestação deste serviço é pautada no interesse público e não apenas no âmbito privado do usuário-consumidor, pois, segundo ele, A instalação de rede de distribuição de água tratada e de coleta de esgotos não se faz como de satisfação do interesse individual dos usuários. Trata-se de instrumento de saúde pública. Através desses serviços eliminaram-se quase totalmente as epidemias, transmitidas anteriormente através da contaminação da água. A suspensão dos serviços de água e esgoto representaria risco à saúde pública, na medida em que alguns dos integrantes da comunidade poderiam adquirir doenças, evitável através do tratamento de água e esgoto.²⁶

Rizzatto Nunes, por seu turno, defende que o serviço público não pode ser interrompido. Afirma que a Lei N. 8.987/97 é “de constitucionalidade duvidosa” ao permitir o corte do fornecimento. Consigna que, salvo hipótese de ajuizamento de ação e demonstração que o consumidor está agindo de má-fé ao não pagar as contas, está vedado o corte do fornecimento.²⁷

Cláudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem, em obra coletiva, defendem que a continuidade do serviço público essencial é direito do consumidor pessoa física “considerando a sua dignidade como pessoa humana.” Para os autores, a interrupção dos serviços somente pode ocorrer excepcionalmente, quando não se constitui “forma de cobrança ou constrangimento, mas sim reflexo de um decisão judicial ou do fim não abusivo do direito.”²⁸

²⁵ AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário: argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 86-123, abr./jun. 2007. p. 99-101.

²⁶ SEGALLA, Alessandro. A suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente à luz da Constituição Federal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 37, p. 121-156, jan./mar. 2001. p.139.

²⁷ AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário: argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 86-123, abr./jun., 2007. p. 106.

²⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentá-*

As divergências e controvérsias sobre o tema também são sensíveis na análise da jurisprudência. O assunto foi exaustivamente debatido no Superior Tribunal de Justiça. Inicialmente, focando os arts. 22 e 42 do CDC, entendeu-se pela ilegalidade do corte de fornecimento de água e de energia elétrica²⁹ em face do inadimplemento do consumidor. Citem-se, na sequência e apenas ilustrativamente, alguns julgados.

No REsp 201.112, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 20 de abril de 1999, o STJ proferiu a seguinte ementa:

A Companhia Catarinense de Água e Saneamento negou-se a parcelar o débito do usuário e cortou-lhe o fornecimento de água, cometendo ato reprovável, desumano e ilegal. Ela é obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente, segura e contínua, não expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento.³⁰

Alguns meses depois, em 07 de dezembro de 2000, ao julgar o REsp 223.778, proferiu a seguinte decisão: “É defeso à concessionária de energia elétrica interromper o suprimento de força, no escopo de compelir o consumidor ao pagamento de tarifa em atraso. O exercício arbitrário das próprias razões não pode substituir a ação de cobrança.”³¹

No dia 05 de dezembro de 2000, no julgamento do REsp 122.812, o STJ novamente posicionou-se pela ilegalidade do corte de fornecimento de água em face do inadimplemento do consumidor. A ementa do julgado guarda o seguinte teor:

Corte no fornecimento de água. Inadimplência do consumidor. Ilegalidade. 1. É ilegal a interrupção no fornecimento de energia elétrica, mesmo que inadimplente o consumidor, à vista das disposições do Código de Defesa do Consumidor que impedem seja o usuário exposto ao

rios ao código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 646.

²⁹ Embora o foco do artigo seja em relação ao fornecimento de água, o serviço público de fornecimento de energia elétrica também é essencial e se sujeita aos mesmos diplomas legais.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 201112 SC 1999/0004398-7*. Primeira Turma. Recorrente: Companhia Catarinense de Águas e Saneamento. Recorrido: Ademar Manoel Pereira. Relator: Min. Garcia Vieira. Brasília, 20 de abril de 1999. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/431207/recurso-especial-resp-201112-sc-1999-0004398-7>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 223778 RJ 1999/0064555-3*. Primeira Turma. Recorrente: Fabrica de Gelo Santa Clara Ltda. Recorrido: Light Serviços de Eletricidade S/A. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 07 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/364622/recurso-especial-resp-223778-rj-1999-0064555-3>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

ridículo. 2. Deve a concessionária de serviço público utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atrasos.³²

Todas as decisões do Superior Tribunal de Justiça que concluíram pela impossibilidade do corte do fornecimento de água analisaram a questão unicamente à luz do Código de Defesa do Consumidor, especialmente dos arts. 22 e 42. Não se dialogou com as disposições da Lei n. 8.987/97, que permitem o corte em face da inadimplência do usuário (consumidor).

Posteriormente, a partir de decisão proferida em 10 de dezembro de 2003, houve radical mudança do entendimento do STJ. Ao analisar o REsp 363.943, a Primeira Seção, estabeleceu ser “lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95)”³³. Embora a referência do julgado seja relativa ao fornecimento de energia elétrica, os mesmos argumentos e raciocínios foram utilizados para permitir o corte do fornecimento de água.

Vários outros julgados se sucederam com igual entendimento. Agora, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) ficou para um segundo plano: especial atenção foi conferida à Lei n. 8.987/95. Ademais, pouca ou nenhuma importância se conferiu ao princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)³⁴.

Embora apresentem restrições quanto à débitos antigos, os acórdãos mais recentes reafirmam a possibilidade do corte do fornecimento de água em face de inadimplemento do consumidor, como se observa, ilustrativamente, da leitura da seguinte ementa³⁵:

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 122812 ES 1997/0016898-0*. Primeira Turma. Recorrente: Companhia Espírito Santense de Saneamento. Recorrido: Clecy Fernandes Machado. Relator: Min. Milton Luiz Pereira. Brasília, 05 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317786/recurso-especial-resp-122812-es-1997-0016898-0>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 363943 MG 2001/0121073-3*. Primeira Seção. Recorrente: Sebastiana Rodrigues da Costa. Recorrido: Companhia Energética de Minas Gerais. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 10 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7400042/recurso-especial-resp-363943-mg-2001-0121073-3>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial.

1. Esta Corte Superior pacificou o entendimento de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento do serviço em razão de débito pretérito; o corte de água ou energia pressupõe o inadimplemento de dívida atual, relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento em razão de débitos antigos. [...] Agravo Regimental da AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A desprovido.³⁶

Observa-se, pelas divergências apresentadas, que tanto a doutrina como a jurisprudência tendem a posições extremadas, ora para admitir, ora para vedar o corte. O diálogo das fontes, sob as luzes constitucionais, permite solução intermediária que, ao final, acaba por prestigiar as normas que estão em aparente conflito (Lei n. 8.078/90 e Lei n. 8.987/95), conferindo-se coerência interna ao ordenamento jurídico.

Na hipótese, ganha relevo a cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)³⁷. No campo infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e a Lei n. 8.987/95, que disciplina o regime de concessão e permissão dos serviços públicos (art. 175 da Constituição Federal)³⁸.

De um lado, o CDC dispõe sobre a importância da dignidade humana ,

AgRg no AREsp 412822 RJ 2013/0349326-0. Segunda Turma. Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos. Agravado: J S Quality Safety Ltda. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 19 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24707958/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-412822-rj-2013-0349326-0-stj>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

³⁶ Na mesma linha, registre-se: “[...] A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de ser devido o corte no fornecimento de água, após prévio aviso, ante a inadimplência de conta atual do usuário. Entretanto, na espécie, não houve o prévio aviso, segundo consignado no acórdão recorrido, motivo pelo qual o corte se deu de forma ilegal. Registre-se que para averiguar a existência de prévia comunicação feita pela concessionária, há necessidade de revolvimento de matéria probatória, o que é vedado nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ. [...] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. *AgRg no AREsp 412822 RJ 2013/0349326-0*. Segunda Turma. Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos. Agravado: J S Quality Safety Ltda. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 19 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24707958/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-412822-rj-2013-0349326-0-stj>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015.

³⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015

dos direitos existenciais (arts. 4º e 6º). Determina, também que os serviços essenciais devem ser contínuos (art. 22) e que na cobrança de débitos o consumidor “não será submetido a qualquer tipo de constrangimento” (art. 42).³⁹

De outro lado, o § 3º do art. 6º da Lei n. 8.987/95 estabelece que “não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: [...] II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”⁴⁰

Em síntese, a solução está em verificar se o corte importa, no caso concreto, em ofensa à dignidade da pessoa humana, ou seja, se pessoas físicas serão diretamente afetadas com a suspensão do fornecimento da água ou da energia elétrica.

O critério, ao contrário do que pode aparentar, não deve se pautar unicamente no fato de o consumidor ser pessoa jurídica ou física. Exemplifique-se com a sempre lembrada situação e graves consequências de um hospital (pessoa jurídica) que deixa de receber água. De outro lado, o contratante pode ser pessoa física, mas o fornecimento de água referir-se à unidade residencial que, há muito, está desabitada, não afetando, portanto, a qualidade (mínima) de vida de qualquer pessoa.

É importante perceber, para a solução das situações concretas, que o corte do fornecimento de água ou energia elétrica atinge diretamente interesses existenciais de todos os moradores da residência, invariavelmente crianças e idosos, consumidores hipervulneráveis, que não podem sofrer consequências tão drásticas em razão de fato de terceiro (titular da conta).

Há, ainda, outro argumento. O intérprete deve conferir coerência, a partir dos valores constitucionais, aos inúmeros diplomas (fontes) legais. Ora, no mínimo, deveria ser aplicado o mesmo prazo concedido pela Lei n. 9.870/99, relativa a anuidades escolares, que, mesmo em face de inadimplência, veda qualquer providência que impeça a conclusão do período escolar.⁴¹ Considerando a

³⁹ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015.

⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015

⁴¹ Interpretação conjugada dos artigos 5º e 6º Lei 9.870/99 permite concluir que, mesmo em face de inadimplência durante o semestre ou ano letivo, o estabelecimento de ensino não pode tomar qualquer medida que impeça a conclusão do período: “ Art. 5º Os alunos já ma-

relevância do serviço prestado (educação), não se permite a interrupção imediata dos serviços por falta de pagamento da mensalidade. Sem qualquer propósito de estabelecer hierarquia entre valores, o fato é que o corte do fornecimento de água traz riscos à saúde humana (limpeza dos alimentos, higiene pessoal, etc.)

Não se sustenta que o inadimplemento relativo às contas de água não deva acarretar qualquer consequência para o devedor. O não-pagamento ou atraso gera a incidência dos encargos próprios (juros de mora, multa, correção monetária). Ademais, o consumidor pode ter o nome inscrito em banco de dados de proteção ao crédito.⁴² O que não pode haver é contrariedade a um *mínimo existencial* (*patrimônio mínimo personalíssimo*) em face de vedação pelo ordenamento nacional, pois, como sintetiza Edson Fachin:

A pessoa natural, ao lado de atributos inerentes à condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, pode ser também, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, dotado de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada.⁴³

Parte da dificuldade em lidar com a matéria é justamente a falta de sensibilidade de que os problemas jurídicos atuais, tanto pela variedade de situações fáticas – apenas aparentemente idênticas – como pela complexidade do ordenamento jurídico exigem um olhar “para o caso concreto”, um balanceamento dos valores constitucionais em jogo, os quais indicarão a melhor interpretação.

No caso, o *diálogo das fontes* permite, a partir do enfoque constitucio-

triculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual. Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias. § 1º Os estabelecimentos de ensino fundamental, médio e superior deverão expedir, a qualquer tempo, os documentos de transferência de seus alunos, independentemente de sua adimplência ou da adoção de procedimentos legais de cobranças judiciais.” BRASIL. *Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9870.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015.

⁴² O Código de Defesa do Consumidor em nenhum momento veda os registros de inadimplementos em entidades de proteção ao crédito relativos a serviços públicos – independentemente da sua essencialidade. BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015

⁴³ FACHIN, Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 01.

nal, prestigiar ambas as fontes normativas, sem qualquer exclusão prévia. Desse modo, a partir do projeto constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, confere-se, em concreto, relevância à continuidade do serviço (Lei n. 8.078/90) ou à possibilidade do corte (Lei n. 8.987/95), quando não houver ofensa, direta ou indireta, à dignidade da pessoa humana.⁴⁴ É, em última análise, esta a preocupação dos votos vencidos no Superior Tribunal de Justiça, proferidos há dez anos.⁴⁵

⁴⁴ Talvez, seja esta a coerência que está por trás de decisões aparentemente contraditórias, uma proferida em ação civil pública – na qual é mais problemática a análise de situações individuais – e outra proferida em ação ajuizada individualmente pelo consumidor. Nessa linha, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 11 de novembro de 1996, ao julgar AI 7.345/96, e o AI 7.110/96, sem qualquer referência ao CDC, entendeu que “sendo energia elétrica um bem essencial à vida das pessoas, na vida urbana, o seu fornecimento não pode ser suspenso, salvo em situações gravíssimas e sempre após decisão judicial transitado em julgado. O mesmo Tribunal, entretanto, ao julgar, em 12 de fevereiro de 2001, ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal (Promotoria de Defesa do Consumidor), contra a CEB (Companhia Energética de Brasília) decidiu que “considerando o interesse da coletividade, a suspensão do fornecimento de energia elétrica, por inadimplência do usuário no pagamento da tarifa, não caracteriza descontinuidade, se precedida da comunicação ao usuário”.

⁴⁵ A propósito e unicamente a título ilustrativo, registre-se ementa do Resp. 684.442, julgado em 03 de fevereiro de 2005, que reflete o entendimento (minoritário) do Min. Luiz Fux: “[...] A 1ª Seção, no julgamento do RESP nº 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II).3. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do RESP nº 337.965/MG concluiu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei nº 8.987/95. 4. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica – como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida. 5. Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação. 6. *In casu*, o litígio não gravita em torno de uma empresa que necessita da energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável e desempregada, de sorte que a ótica tem que ser outra. Como afirmou o Ministro Francisco Peçanha Martins noutra ocasião, temos que enunciar o direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Forçoso, distinguir, em primeiro lugar, o inadimplemento perpetrado por uma pessoa jurídica portentosa e aquele inerente a uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica. 7. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa. 8. Outrossim, é voz corrente que o ‘interesse da coletividade’ refere-se

Em conclusão, as posições extremadas da doutrina e da jurisprudência – tanto para permitir como para proibir o corte da água – não são as melhores. A solução está em, a partir do Diálogo das Fontes entre a Lei 8.078/90 e a Lei 9.897/95, com perspectiva constitucional da cláusula de proteção da dignidade da pessoa humana, optar pelo corte ou manutenção do serviço público.

Referências

AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do consumidor-usuário: argumentos doutrinários e entendimento jurisprudencial. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 86-123, abr./jun., 2007.

BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.897, de 13 de fevereiro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015

BRASIL. *Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9870.htm>. Acesso em: 6 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. *AgRg no AREsp 412822 RJ 2013/0349326-0*. Segunda Turma. Agravante: Companhia Estadual de Águas e Esgotos. Agravado: J S Quality Safety Ltda. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 19 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24707958/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso>>

aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos. 9. Destarte, mister analisar que as empresas concessionárias ressalvam evidentemente um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, e os fatos notórios não dependem de prova (*notoria nom egent probationem*), por isso que a empresa recebe mais do que experimenta inadimplementos. 10. Esses fatos conduzem a conclusão contrária à possibilidade de corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade, em contrapartida ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis. 10. Recurso Especial provido, ante a função uniformizadora desta Corte.”

-especial-agrg-no-aresp-412822-rj-2013-0349326-0-stj>. Acesso em: 06 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 122812 ES 1997/0016898-0*. Primeira Turma. Recorrente: Companhia Espirito Santense de Saneamento. Recorrido: Clecy Fernandes Machado. Relator: Min. Milton Luiz Pereira. Brasília, 05 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317786/recurso-especial-resp-122812-es-1997-0016898-0>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 122812 ES 1997/0016898-0*. Primeira Turma. Recorrente: Companhia Espirito Santense de Saneamento. Recorrido: Clecy Fernandes Machado. Relator: Min. Milton Luiz Pereira. Brasília, 05 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317786/recurso-especial-resp-122812-es-1997-0016898-0>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 201112 SC 1999/0004398-7*. Primeira Turma. Recorrente: Companhia Catarinense de Aguas e Saneamento. Recorrido: Ademir Manoel Pereira. Relator: Min. Garcia Vieira. Brasília, 20 de abril de 1999. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/431207/recurso-especial-resp-201112-sc-1999-0004398-7>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 223778 RJ 1999/0064555-3*. Primeira Turma. Recorrente: Fabrica de Gelo Santa Clara Ltda. Recorrido: Light Serviços de Eletricidade S/A. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 07 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/364622/recurso-especial-resp-223778-rj-1999-0064555-3>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 363943 MG 2001/0121073-3*. Primeira Seção. Recorrente: Sebastiana Rodrigues da Costa. Recorrido: Companhia Energética de Minas Gerais. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 10 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7400042/recurso-especial-resp-363943-mg-2001-0121073-3>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

COHEN, Otavio. *O fundo do poço*. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/crise-agua/ofundodopoco.shtml>>. Acesso em: 05 maio 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito econômico. *Revista Forense*, São Paulo, v. 255, n. 877-879, p 19-28, jul./set. 1976.

FACHIN, Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 611-613.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de defesa do consumidor e o novo código civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Co-

mentários ao código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PERINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

ROCHA, Fábio Amorim da. *A legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores inadimplentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SEGALLA, Alessandro. A suspensão do fornecimento de energia elétrica ao usuário inadimplente à luz da Constituição Federal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 37, p. 121-156, jan./mar. 2001.

SILVA, Elmo Rodrigues da. Um percurso pela história através da água: passado, presente, futuro. In: CONGRESSO INTERAMERICANO DE ENGENHARIA SANITÁRIA E AMBIENTAL, 27., 2000, Porto Alegre. [*Trabalhos...*]. Rio de Janeiro: ABES, 2000. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsaidis/saneab/xi-009.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2015.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: _____ (Coord.). *Temas de direito civil*. São Paulo: Renovar, 1999. v. 2. p. 265-281.

UNIVERSIDADE DA ÁGUA. *Água no planeta*. Disponível em: <<http://www.uniagua.org.br/publichtml/website/default.asp?tp=3&pag=aguaplaneta.htm>>. Acesso em: 17 maio 2015. Para tal análise, é importante observar que o tema não envolve questões

Serial killer: definição e implicações psiquiátricas

Serial killer: definition and psychiatric implications

Jéssica de Oliveira Amaral¹
Alessandra de La Vega Miranda²

Resumo

Esse artigo tem como objetivo apresentar um conceito de serial killer, além de trazer considerações importantes e inerentes à interdisciplinaridade do tema, expor não apenas o que a bibliografia nacional traz sobre o tema, mas também a estrangeira.

Palavras-chave: *Serial killer*. Psicopatia. Transtorno de personalidade. Patologização do infrator.

Abstract

This paper aims at presenting the conception of a serial killer and important considerations inherent to the interdisciplinarity of theme, bringing not just the national bibliography, but also the foreign.

Palavras-chave: Serial killer. Psychopathic. Personality disorder. Pathologization of the offender.

1 Considerações iniciais e abordagem metodológica:

O presente artigo constitui o acervo teórico-expositivo de um trabalho qualitativo etnográfico integrante de uma monografia de final do curso de Direito, cuja duração foi de um ano (2014-2015), empreendido na Delegacia de Homicídios e na Primeira Delegacia de Polícia, ambas no âmbito do Distrito Federal, além do Tribunal do Júri de Brasília/DF, em que se buscou entender se o trabalho de investigação criminal de homicídios se preocupa com o reconhecimento de um *serial killer* como possível autor de homicídios. No presente artigo, entretanto, não tratarei das implicações etnográficas constantes na monografia, mas do capítulo primeiro desta. Inicialmente irei definir o que seria a definição de um homicida em série, colacionando a bibliografia estrangeira e nacional sobre o tema e, em seguida, apresentando algumas implicações interdisciplinares

¹ Estudante de Direito – Uniceub. (jess.amaral.adv@gmail.com).

² Doutora em Direito – Universidade de Brasília. Professora Assistente de Coordenação – Uniceub. (alessandra.miranda@uniceub.br).

da temática, em especial nos aspectos da Psicologia, a Psiquiatria e a Biologia Forense.

2 Uma definição de *serial killer*

O termo foi cunhado, inicialmente, nos anos 70 pelo agente aposentado do FBI (Departamento Federal de Investigação dos Estados Unidos da América), Robert Ressler. Esse agente fazia parte da chamada *Behavioral Sciences Unit* (BSU)³, que deu continuidade ao trabalho desenvolvido por James Brussell, quem iniciou o estudo da mente do criminoso⁴.

O mais famoso/conhecido *serial killer* talvez tenha sido “*Jack – the Ripper*”, ou, em português, “Jack – o estripador”, que ficou assim conhecido após uma carta enviada à Agência Central de Notícias de Londres por alguém que dizia ser o agressor responsável por uma série de mortes em Whitechapel, em Londres, por volta de 1880. Ele atacava prostitutas e assinava suas vítimas, mutilando-as⁵.

Além dele, registra-se Hitler, na Segunda Guerra Mundial, que matava na intenção de eliminar aqueles que não eram considerados o “povo alemão”⁶. Desta feita, não há como se definir um marco inicial para o surgimento dessa figura de infrator, dado que muitos eram ignorados ou desconhecidos. O que se

³ O BSU, unidade norte-americana que se encarregou em dar continuidade ao trabalho de J. Brussell iniciou seu trabalho montando uma biblioteca que continha entrevistas gravadas com serials killers condenados e presos naquele território. A tentativa era “penetrar na mente do criminoso” e enxergar o gatilho que os impulsionava a cometer seus crimes. Com o tempo e aperfeiçoamento, foram criadas técnicas de análise das cenas dos crimes. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p.14.

⁴ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p.14.

⁵ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Serial murder*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/stats-services/publications/serial-murder/serial-murder-1#one>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

⁶ Ilana Casoy considera Hitler como um serial killer. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. Nesse sentido, é possível se chegar a essa conclusão, isso porque cometeu mais de três homicídios por certo período de tempo, com certo intervalo entre eles, apesar de alguns terem acontecido em massa, e deixando sua assinatura, a qual podemos entender como sendo a vontade constituir o verdadeiro povo alemão. Quando esteve preso após a primeira guerra, Adolf Hitler escreveu o livro chamado “*Mein Kampf*”, no qual ele expressou não só sua autobiografia, mas sua ideologia. Ele tinha como fim em suas ações o povo alemão – isto é, seu conceito de povo alemão, não o estado -, e isso se depreenderia da leitura de seu livro LUKACS, John. *O Hitler da história*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

pode afirmar é que o estudo aprofundado começou nos anos 70, em países como Estados Unidos e Canadá.

O homicida em série se caracteriza, por cometer três homicídios⁷ por um período de tempo, com algum tempo de intervalo entre eles⁸ e deixando uma assinatura em suas vítimas. Quanto ao número de vítimas, apesar de não haver um consenso na literatura do assunto sobre a quantidade exata de homicídios para entrar no rol de *serial killers*, o FBI insiste que o número mínimo deve ser de três⁹, e essa é a quantidade que adotarei para o desenvolvimento desse trabalho tendo em vista que o termo foi cunhado naquele departamento.¹⁰

Outro aspecto importante trata justamente do fato de que o homicídio serial ocorre quando a vítima é morta em ocasiões separadas, com um período de “reflexão” entre eles. Diferente, pois, do assassino em massa¹¹. Este mata várias pessoas em uma única oportunidade, com diferença de horas, minutos ou segundos, sem se preocupar com sua identidade. Diferente do serial, que elege suas vítimas, selecionando-as devido a certas características.

Quando o homicida em série mata sua primeira vítima, ele entraria em um complexo processo, semelhante ao vício, que o levaria a matar no novamen-

⁷ Não há um consenso na literatura do assunto sobre a quantidade exata de homicídios que um assassino comete para entrar no rol de *serial killers* BUREAU OF INVESTIGATION. *Serial murder*. Disponível em: <FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Serial murder*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/stats-services/publications/serial-murder/serial-murder-1#o-ne>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

⁸ CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro; CAVALCANTI, Bernardo Moraes. Serial Killers e os crimes hediondos no Brasil: qual a sanção penal adequada?. In: _____ (Org.). *O direito penal em debate: a eficácia do sistema criminal na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Clássica, 2014. p. 20-32. p. 21.

⁹ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 11.

¹⁰ Nessa linha, encontramos literatura brasileira: “Do ponto de vista criminológico, quando um assassino reincide em seus crimes com um mínimo de três ocasiões e com um certo intervalo de tempo entre cada um, é conhecido como assassino em série.” MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. Assassinos em série: uma análise legal e psicológica. *Pensar*, Fortaleza, v. 15. n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010. p. 306.

¹¹ A expressão “assassino em massa” está sendo utilizada conforme encontrado em algumas pesquisas durante a redação deste trabalho CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro; CAVALCANTI, Bernardo Moraes. Serial Killers e os crimes hediondos no Brasil: qual a sanção penal adequada?. In: _____ (Org.). *O direito penal em debate: a eficácia do sistema criminal na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Clássica, 2014. p. 20-32. p. 21. Cabe ressaltar que nesse caso em específico a palavra “assassino” não está sendo utilizada de maneira estereotipada, mas apenas para informar sobre este tipo de homicida como é encontrada comumente e elucidar sua diferença em relação ao serial killer.

te¹². Muitos estudiosos da Psicologia Forense afirmam que com a primeira morte – muitas vezes ocorrendo quase que por um acaso, acidentalmente – o assassino se encontraria viciado em um ciclo intenso, seguido por “períodos de reflexão” e um retorno à rotina diária normal.

Once He crosses the line and actually realizes his fantasy and discovers that actual murder is not as satisfying as the fantasy, he is driven into the depth of depression and despair, from which rise even more intense homicidal fantasies driving him forward to kill again in an attempt to realize in the reality of murder the same satisfaction he derives in fantasy.¹³

Quanto à esse ciclo viciante, Joel Norris afirma que o assassino em série possui sete fases¹⁴. Na **fase áurea**¹⁵, começa o ciclo, trata-se da perda da realidade em que vive; é o momento no qual sons e cores se tornam mais vivas, odores, mais intensos e o infrator é alheio a quaisquer estímulos externos, reagindo apenas a estímulos invisíveis que só ele pode experimentar e compreender. Provavelmente a área mais focalizada de pesquisa, hoje, é o ponto no qual fantasia se transforma em processo dissociativo em *serial killers*. Nas fases iniciais, alguns estão cientes e consegue verbalizar sua transformação de fantasia para processo dissociativo¹⁶.

¹² VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 304.

¹³ Em tradução livre: Uma vez que ele cruza a linha e, na verdade, realiza sua fantasia, descobre que o assassinato real não é tão satisfatória como a sua fantasia, então ele é levado para a profundidade da depressão e do desespero, na qual torna mais intensas suas fantasias homicidas levando-o para a matar de novo, numa tentativa de sentir na realidade do assassinato a mesma satisfação que ele teria na fantasia. VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 12.

¹⁴ Ilana Casoy, em seu livro, adota que a divisão teria se realizado em seis fases, ocorre que outros criminologistas afirmam que se divide, na verdade em sete fases, como Jaime Vera, pois para eles a fase do assassinato e de totem são momentos diferentes. Essa é a posição que, ao meu ver, parece ser a mais acertada, isso porque o totem e o assassinato parece fornecer sentimentos diferentes ao assassino. O primeiro seria o prazer no assassinato, o segundo o prazer em lembrá-lo, de extrair dele um objeto para tal, um totem. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004.

¹⁵ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 304-305.

¹⁶ William Heirens, também chamado de “o assassino do batom” por deixar mensagens escritas com batom na cena do crime pedindo que o prendessem para que ele parasse de cometer crimes, trancou suas roupas em um banheiro e jogou fora suas chaves para resistir a sair e cometer crimes. Mas o desejo foi maior e ele caminhou nu pela borda de seu apartamento para recuperar suas roupas. VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 305.

Na **fase da pesca**¹⁷, quando vai à busca da vítima, selecionando, para assim elegê-la. Essa fase se dá quando o homicida em série começa a frequentar áreas onde ele provavelmente encontrará suas vítimas. Não há nada de aleatório ou acidental nessa fase de “trolling”¹⁸. O *serial killer* possuiria um “shopping list” para os tipos de vítimas que saciariam sua fantasia¹⁹.

A **fase galanteadora**²⁰ é aquela onde o assassino induz a vítima, seduzindo-a e enganando-a. Cabe ressaltar que alguns não possuem essa fase e, nesse caso, apenas atacam sem aviso, prendendo sua vítima na rua ou entra a força em sua casa²¹. Mas em outros casos eles sentem um prazer particular em atrair suas vítimas, gerando nelas um sentimento falso de segurança, burlando suas defesas. Alguns homicidas em série têm uma aparência tão sedutora e inofensiva que se torna fácil para ele convencer uma mulher de entrar em seu carro. Outros seduzem com promessas de dinheiro, trabalho ou um local para passar a noite. O ponto inteiro do cortejo é manobrar a vítima para um local ou posição em que o *serial killer* pode ganhar o controle físico ininterrupto sobre ele ou ela²².

A **fase da captura**²³ é aquela quando a vítima é capturada, cai na armadilha feita para sua tomada; consiste em fechar a armadilha. Essa parte é justamente o jogo sádico, em que o homicida vê sua vítima aterrorizada. E, em seguida, resulta na **fase do assassinato**²⁴, que é o auge, o clímax de suas emoções. A morte é

¹⁷ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 305

¹⁸ Não encontrei um termo que traduziria perfeitamente a palavra. Este é um termo de pesca que descreve o processo em o pescador, em seu barco, lança uma rede numa área suscetível de conter grande quantidade de peixe.

¹⁹ Ted Bundy preferia mulheres jovens com cabelos na altura dos ombros, repartido ao meio, que parecesse, ser de classe média superior VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 305, as quais pareciam sua noiva rica com quem rompeu seu relacionamento CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 17.

²⁰ VERA, Jaime Alberto Etcheverry. El perfil psicológico de um asesino serial em la ciudad de Medellin. *Agora USB*, Medellin, v. 9, n. 2, p. 511-528, 2009. p. 519.

²¹ Richard Ramirez não perseguia tanto por um tipo específico de vítima como a oportunidade de matar. Sua vítima poderia ser home, mulher ou criança. Ele só precisava da oportunidade, isto é, uma porta destrancada na qual pudesse entrar para atacar suas vítimas. VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 305.

²² VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 309

²³ VERA, Jaime Alberto Etcheverry. El perfil psicológico de um asesino serial em la ciudad de Medellin. *Agora USB*, Medellin, v. 9, n. 2, p. 511-528, 2009. p. 519.

²⁴ VERA, Jaime Alberto Etcheverry. El perfil psicológico de um asesino serial em la ciudad de Medellin. *Agora USB*, Medellin, v. 9, n. 2, p. 511-528, 2009. p. 519.

justamente a busca desse clímax desde que esse transgressor começou a fantasiar sobre o crime. É frequente nos psicopatas experimentas um orgasmo enquanto matam. Nesse momento, os *serial killers* transmitem suas preferências: estrangulamento, esfaqueamento, golpeando, entre outros.

A fantasia, para eles, é compulsiva e complexa, em que ela acaba se transformando no centro de seu comportamento, ao invés de ser uma distração mental. Desta feita, “a escalada da fantasia, ao exigir constante reforço e, para tanto, sucessão de vítimas, acaba se tornando o motivo do crime e estabelecendo a assinatura do criminoso²⁵”.

O assassinato daria um prazer intenso ao homicida, porém de maneira transitória, dessa forma, para prolongar a experiência lembrado o corrido, o homicida salva um fetiche associado com a vítima, um totem²⁶. Esta é a **fase feticista** ou de **totem**²⁷. Alguns ainda gravam e filmam seus crimes, outros tiram fotografias, outros ficam com *souvenirs* de suas vítimas^{28 29}. Nessa fase o ofensor pode retornar para a cena do crime, isso porque em estudo do FBI 27% dos homicidas efetivamente voltaram³⁰. Além disso, 20% dos homicidas participaram junto com a polícia na investigação do crime^{31 32}.

Por fim, na **fase da depressão**³³, que ocorre depois que a vítima é morta, o homicida serial passa por uma fase depressiva, podendo cometer suicídio. Entretanto, o mais comum é renovar o desejo de matar e, assim, ele entraria em um ciclo viciante levando-o a matar. Entretanto, esses vícios também apresentariam particularidades.

²⁵ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 19.

²⁶ Totem significa um símbolo para determinada tribo, clã, família ou pessoa.

²⁷ VERA, Jaime Alberto Etcheverry. El perfil psicológico de un asesino serial en la ciudad de Medellín. *Agora USB*, Medellín, v. 9, n. 2, p. 511-528, 2009. p. 519.

²⁸ Jerry Brados tinha em sua garagem fotos das vítimas durante a fantasia do crime, além de roupas, sapatos e pedaços dos corpos delas. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 22-23.

²⁹ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 25.

³⁰ Gary Ridgway, ou mais conhecido como o “assassino do rio verde” – Green River Killer –, responsável pela morte de várias prostitutas, retornava ao local onde ele deixava os corpos.

³¹ Quanto à essa informação, não precisamos ir longe – aos EUA – para ter certeza que isso ocorre. Francisco das Chagas, assassino em série brasileiro que matou crianças no nordeste do país efetivamente “ajudou” a polícia na investigação do desaparecimento de várias crianças, as quais mais tarde se percebeu terem sido mortas por ele.

³² VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 316.

³³ VERA, Jaime Alberto Etcheverry. El perfil psicológico de un asesino serial en la ciudad de Medellín. *Agora USB*, Medellín, v. 9, n. 2, p. 511-528, 2009. p. 519.

Cada fantasia é diferente em cada homicida em série e, como reflexo de suas fantasias, poderíamos classificar seus diferentes desejos, aquilo que seria uma espécie de motivação para o crime. Mas esses agressores não seriam classificados apenas assim, mas também por sua personalidade.

A individualidade psíquica se compõe de: inteligência, personalidade, sentimentos e instintos orgânicos vitais. Percebe-se, portanto, que dentro dessa individualidade se encontra a personalidade, que se compõe dos: sentimentos, valores adquiridos, tendências instintivas e volições. A personalidade é mais complexa do que aquilo que se chama de “caráter”, uma vez que o engloba - quando se fala em volições - além de incluir os sentimentos, que não estão presentes nesse³⁴.

Dentro da personalidade, nas questões conativo-ativas, o querer e o agir, encontram quatro manifestações, o instinto, a impulsividade, a vontade e os atos volitivos. Quando se fala na vontade, significa a capacidade de propositar, escolher e decidir e, dentro dela se pode identificar a escolha entre *a* ou *b*.³⁵ E nessa perspectiva, o FBI teria classificado os *serial killers*.

3 Os tipos de assassinos em série

A autora Ilana Casoy, em seu livro “*Serial Killer: louco ou cruel?*”³⁶ faz uma distinção entre os “tipos” de homicidas em série em quatro grupos. O **visionário** trata daquele agressor psicótico, aquele que ouve vozes, sofre alucinações e/ou tem visões. O **missionário** é aquele que não mostra nenhuma psicose no ambiente social, mas acredita que deve “livrar” o mundo de certos indivíduos que julga ser imoral ou indigno - prostitutas, homossexuais. O **emotivo** trata daquele que transgredir por pura diversão e prazer, normalmente são os que usam meios mais sádicos. E o último grupo é o dos **libertinos**, que abarca aqueles que possuem conotação sexual em suas mortes, ou seja, sentem um prazer sexual pelo sofrimento de sua vítima; normalmente cometem canibalismo e necrofilia.

Outra divisão, dessa vez realizada pelo próprio FBI, se dá em: **organizados e desorganizados**. O primeiro grupo são aqueles mais astutos e que pre-

³⁴ EÇA, Antônio José. *Roteiro de psiquiatria forense*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 8.

³⁵ EÇA, Antônio José. *Roteiro de psiquiatria forense*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 51.

³⁶ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 15.

param o crime minuciosamente, sem deixar pistas que os identifiquem. Agem de forma mais premeditada e articulada, com extrema cautela na ocultação de provas que possam o incriminar. Geralmente apresentam personalidade antisocial – psicopatia³⁷.

Já o segundo mostra-se mais impulsivo, menos calculista e não se preocupa com eventuais erros cometidos justamente por falta de planejamento. Eles fariam “tudo errado” desde o primeiro impulso, sendo pego por um acaso. Esse transgressor possuiria uma inteligência média ou retardada, quase sempre é socialmente imaturo, vivendo sozinho, podendo ter vida sexual pouco ativa³⁸.

Ele dificilmente vive ou trabalha próximo à cena do crime, incomodando-se com a visualização da mídia. Aponta-se que a vítima normalmente conhece seu agressor e, por isso, em algumas cenas o seu assassino desfigura seu rosto ou o cobre. Pelo grau de espontaneidade, as vítimas raramente são torturadas ou seus corpos são transportados ou escondidos em algum lugar³⁹. Alguns desorganizados continuam a cometer homicídios por atacarem em locais remotos ou por desatenção de seus vizinhos⁴⁰.

A tipificação quanto a organizados e desorganizados faz diferença em qual técnica de “trolling⁴¹” será usada e o que acontece quando o transgressor aborda suas vítimas. Muitas vezes os desorganizados matam com suas próprias mãos, com uma peça de roupa pertencente à vítima, com uma arma improvisada

³⁷ MONTEIRO, Klaylian Marcela Santos Lima. Assassinos seriais e os efeitos da sideração no psiquismo e no laço social. Revista latino-americana de psicopatologia fundamental, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 743, set. 2014. Sup. 1 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rlpf/v17n3s1/1415-4714-rlpf-17-03-s1-00738.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

³⁸ Harvey Glatman era virgem até matar e estuprar sua primeira vítima, aos 29 anos. NEWTON, Michael. *A enciclopédia de serial killers*. Tradução de Ana Lúcia Mantovani Ferreira. 2. ed. São Paulo: Madras, 2008. p. 34.

³⁹ NEWTON, Michael. *A enciclopédia de serial killers*. Tradução de Ana Lúcia Mantovani Ferreira. 2. ed. São Paulo: Madras, 2008. p. 34-35.

⁴⁰ Edward Gein, inspiração para o filme “Psicose” e “the Texas Chainsaw Massacre”, possuía em sua casa, como artigos “decorativos”, ossos, pele e o cabelo de suas vítimas e de outras exumações fazia em cemitérios. Apenas foi descoberto quando o filho de uma de suas vítimas lembrou que Gein havia convidado sua mãe para um encontro e, no dia anterior ao desaparecimento desta, Ed mencionou que precisava de anticongelante. NEWTON, Michael. *A enciclopédia de serial killers*. Tradução de Ana Lúcia Mantovani Ferreira. 2. ed. São Paulo: Madras, 2008. p. 157.

⁴¹ Expressão usada na fase da pesca, quando o *serial killer* escolhe seu alvo. Seria uma espécie de técnica de pesca.

ou encontrada no local do encontro⁴².

Há, ainda, uma divisão quanto à atuação dos homicidas em série, isso porque eles podem agir individualmente, como a grande maioria dos casos, ou em grupos. “*Sometimes serial killers work in team of two and sometimes they consist of husband-and-wife or boyfriend-girlfriend couples. There are also several cases of cult group serial killers consisting of more than two people*”^{43 44}.

4 Dos estereótipos das vítimas ao trolling

Na maior parte dos casos, o ofensor e sua vítima não se conhecem, não são mortas durante um roubo – isto é, não ocorre latrocínio –, muito menos entram em uma discussão – ou seja, não há nenhuma questão pessoal ou de negócios entre ambos. O prazer deriva do ato de matar e esse costuma ser o primeiro motivo da morte. Um estudo nos Estados Unidos com 326 *serials killers* demonstrou que 87% deles mataram ao menos um estranho e que 70% mataram apenas estranhos⁴⁵.

Eles normalmente preferem estranhos porque isso dificulta que sejam pegos, uma vez que a polícia inicia suas buscas por pessoas próximas da vítima. Eles fazem tudo que estão ao seu alcance para não serem pegos pela polícia, de modo que fiquem livres para matar novamente⁴⁶. Para dificultar ainda mais, alguns cometem homicídios em vários estados, envolvendo polícias de diferentes jurisdições, o que dificulta ainda mais a investigação⁴⁷.

⁴² VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 308.

⁴³ Rosemary e Fred West foram condenados pelo assassinato de 10 mulheres cujos corpos foram encontrados em sua casa. Entre os corpos estão o de uma das filhas do casal e a enteada de Rosemary, filha de Fred.

⁴⁴ Em uma tradução livre: Às vezes os serial killers trabalham em equipe de dois e às vezes eles consistem em casais de marido e mulher ou namorado e namorada. Há também vários casos de grupos de culto serial killers que consistem em mais de duas pessoas. VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 8.

⁴⁵ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 9.

⁴⁶ Ted Bundy foi contratado pelo governo estadual como consultor de controle de crime, além de ter escrito instruções de prevenção a estupro para mulheres VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 3.

⁴⁷ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p.10-11.

Além disso, procuram vítimas com um perfil no qual podemos colocar como “descartável”, isto é, considerados no senso comum como aqueles que não chamam a atenção da sociedade. Deste modo, o maior número de vítimas são os de prostitutas e sem teto⁴⁸. Agindo nesse modo, possuem certo êxito, dado que fica mais difícil atribuir as mortes a um só assassino⁴⁹. Após matar, o homicida pode se silenciar por dias, semanas ou meses até procurar uma nova vítima.⁵⁰

Quando estudou os *serial killers* masculinos, Eric Hickey⁵¹ encontrou um número de 40% na preferência exclusiva de vítimas do sexo feminino⁵² e apenas 22% tinham preferência apenas pelo sexo masculino. Michael Nexton⁵³ encontrou número de 65% pela preferência em mulheres, ao passo que apenas 35% preferiam homens.

Não há nada de aleatório ou acidental nessa fase de “*trolling*”, entretanto, padrões distintos emergem dependendo se o *serial killer* é do tipo organizado ou desorganizado⁵⁴. Salvo raras exceções, as vítimas são verdadeiros objetos na mão desse transgressor⁵⁵. Alguns possuem sua “*shopping list*”⁵⁶ com vários requisitos, ao passo que outros não são tão exigentes assim⁵⁷. E isso porque o assassinato apenas faz sentido ao próprio agressor.

Apesar de serem descritos como “monstros”, raramente aparentam ser isso. Muitos se apresentam no primeiro relance como pessoas normais e atrativas⁵⁸ – e esse é o problema, pois as vítimas raramente passam do primeiro relan-

⁴⁸ Gary Ridgway – the Green river killer – matava prostitutas, moradoras de ruas ou viajantes que pediam carona nas estradas. Ele cometeu assassinatos durante praticamente 20 anos.

⁴⁹ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 37.

⁵⁰ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 9.

⁵¹ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 305.

⁵² Outra pesquisa revelou que 65% das vítimas são mulheres. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 38.

⁵³ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 305.

⁵⁴ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 303.

⁵⁵ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 16.

⁵⁶ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 305.

⁵⁷ David Berkowitz, conhecido também como “filho de Sam”, matava apenas mulheres, sem nenhuma outra especificidade. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 17.

⁵⁸ As estatísticas revelam que 84% deles são caucasianos e 90% têm idade entre 18 e 39 anos.

ce. Outros são praticamente invisíveis até que se noticie que ele matou alguém⁵⁹. [...] o *serial killer* desenvolve uma personalidade para contato, ou seja, um fino verniz de personalidade completamente dissociado do seu comportamento violento e criminoso. [...] A dissociação não é anormal, todos nós temos um comportamento social mais “controlado” do que aquele que temos com nossos familiares mais íntimos.⁶⁰

Muitos desses homicidas têm esposas, filhos e empregos como qualquer pessoa da sociedade⁶¹. “*Serial killers, [...] slipback to their normal state of life between their murders*”⁶². A fantasia capacitaria uma dissociação, pois quanto mais obscura, maior é a distância mentalmente criada entre o comportamento criminoso do assassino em série e seu comportamento dissociado⁶³.

Eles têm noção que seu comportamento é recriminado pela sociedade, eles têm capacidade de discernir o certo do errado, por isso buscam controlar seu comportamento. E é justamente por isso que muitos negariam veementemente que teriam cometido os crimes nos quais estão sendo acusados, julgados ou condenados. E por essa consciência e a capacidade de discernir que muitas pessoas ao redor dele acreditam que sejam realmente inocentes⁶⁴.

A escolha da vítima está extremamente ligada à fantasia. Na verdade, elas acabam sendo o meio de se chegar à fantasia, um objeto que o permite a tal⁶⁵. O

CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 38.

⁵⁹ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 21.

⁶⁰ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 21.

⁶¹ Gary Ridgway, o “Green River Killer”, ou assassino do Rio Verde, é um exemplo disso. Ele foi o serial killer com um dos maiores números de mortes associadas, matando mulheres nas décadas de 1980 e 1990, foi acusado pela morte de 48 delas, apesar de ele afirmar que matou bem mais que isso. Ele era casado a mais de 10 anos com Judith Mawson na época em que foi preso, já que Ridgway já havia se casado outras duas vezes, e tinha um filho, chamado Matthew. KO, Michael. Ridgway gave no hint he was a killer, son said. *The Seattle Times*, Seattle, 23 dez. 2003. Disponível em: <<http://community.seattletimes.nwsources.com/archive/?-date=20031223&slug=ridgway23m>>. Acesso em: 14 out. 2014).

⁶² Em uma tradução livre: *Serial killers, [...] escorregam de volta ao seu estado normal de vida entre seus assassinatos*. VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 11.

⁶³ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 21.

⁶⁴ Jerry Brados nega até hoje os crimes pelo qual foi condenado, mesmo com a polícia encontrando em sua garagem uma coleção de fotografias das vítimas demonstrando a fantasia de Brados, as vestes e sapatos de suas vítimas e partes do corpo delas em seu freezer. Ele era casado e sua esposa impedida de chegar perto da garagem. Na penitenciária onde se encontra, seus guardas e diretores falam muito bem do preso e é tratado como “não perigoso”, com seu pedido de liberdade provisória sendo revisto de 2 em 2 anos.

⁶⁵ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 23.

⁶⁶ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 17.

homicida em série retira tudo o que pode da vítima e depois se livra dela, seja de uma forma organizada, seja jogando-a em uma mata, ou mutilando-a e abandonando seus restos onde lhe achar conveniente. Não há como se identificar a vítima de um *serial killer* quando não se conhece sua fantasia.

5 Da fantasia à assinatura

A maior parte das pessoas tem a fantasia embotada. O que não as toca diretamente, o que não atinge duramente seus sentidos com sua ponta afiada quase não as excita. Mas se acontece diante de seus olhos, bem perto da sua emoção, ainda que seja algo insignificante, logo desencadeia nelas uma paixão desmedida⁶⁷.

Para Freud, a fantasia seria responsável pela geração de um prazer próprio do sujeito, a qual persiste como um resíduo do complexo de Édipo, remetendo-nos à primeira infância e que tem efeito traumático sobre o sujeito. Não se deve admitir que a fantasia se remetesse, necessariamente, a um conteúdo impressionante do ponto de vista imaginário, mas sim à fixação do sujeito às impressões corriqueiras e não excitante para outras pessoas⁶⁸.

A fantasia deve ser entendida como uma reconstrução em análise que cerceia o desejo e a tentativa do sujeito de colocar na cadeia de significantes o que se apresenta como uma cena difusa. Não se trata de devaneio inconfessável⁶⁹. O que motiva as fantasias são os desejos insatisfeitos, seria uma correção da realidade insatisfatória e passariam a “proteger” o sujeito de uma realidade interna – e não externa⁷⁰.

Nos crimes cometidos por esses homicidas se percebe agressividade hostil, destrutiva, sádica que se alimenta de profundos sentimentos ambivalentes mórbidos, obsessivos, cujo alvo é o próprio absoluto. Suas raízes nos remetem ao amor infantil. Freud chamou de sentimento oceânico. Logo, o alvo das fanta-

⁶⁷ ZWEIG, 2007 apud CARREIRA, Alessandra Fernandes. Algumas considerações sobre a fantasia em Freud e Lacan. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 20, n. 2, p.157-172, abr./jun. 2009. p. 159.

⁶⁸ CARREIRA, Alessandra Fernandes. Algumas considerações sobre a fantasia em Freud e Lacan. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 20, n. 2, p.157-172, abr./jun. 2009. p.159.

⁶⁹ CARREIRA, Alessandra Fernandes. Algumas considerações sobre a fantasia em Freud e Lacan. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 20, n. 2, p.157-172, abr./jun. 2009. p. 160.

⁷⁰ MARTINS, Karla Patrícia Holanda; OLIVEIRA, Débora Passos de. Fantasia e a transferência: articulações a partir do texto Gradiva de Jensen. *Arquivos brasileiros de psicologia*, Rio de Janeiro, v. 62, n. 3, p. 59-67, 2010. p. 62

sias, das necessidades e da hostilidade destrutiva é o próprio absoluto, que não é alcançado por ser procurado por vias equivocadas e mórbidas⁷¹.

Para a fantasia do *serial killer*, ter a vida de suas vítimas em suas mãos aumenta a sua sensação de controle, e a degradação e a desvalorização da vítima reforçaria essa sensação, para isso – e por isso – muitos usam a tortura como método⁷². Equivocadamente se afirma que eles não sentiriam empatia⁷³ pelo próximo, isso porque compreendem exatamente aquilo que para o outro é humilhante, degradante ou doloroso, afinal é com base nisso que ele planejará sua ação de forma a realizar sua fantasia⁷⁴. Nesse sentido afirma Brent Turvey⁷⁵ e, completando o pensamento, John Douglas⁷⁶, ex-agente de apoio do FBI, traz a informação de que, como a maior parte desses homicidas sofreu humilhação pública na infância, praticada pelos pais ou pelos colegas de escola, sabem exatamente como é passar por essa tortura.

O ritual que proporcionam à vítima é, na verdade, a demonstração de toda a sua intimidade. Contudo, o agressor não seria parceiro de sua vítima, mas um dominador perante um objeto⁷⁷. O local onde se encontra o corpo da vítima revela muito sobre a fantasia e o meio de controle usado pelo assassino, o *modus operandi*, as armas usadas, entre outros⁷⁸.

Embora muitas vítimas sejam furtadas após o crime, a força motriz mais comum de assassinatos em série é o controle sexual e dominância. Outros motivos para o assassinato podem ser lucros financeiros, ritual político, social, ou morais – os chamados assassinos missionários – ou por paixão – frequente em assassinatos do tipo médico⁷⁹.

Conforme eles repetem sua fantasia, tornam-se mais frenéticos, frequente

⁷¹ MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. Assassinos em série: uma análise legal e psicológica. *Pensar*, Fortaleza, v. 15. n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010. p. 304.

⁷² CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 19.

⁷³ É a faculdade de perceber de que modo uma pessoa pensa ou sente. É a capacidade de se colocar no lugar da outra pessoa.

⁷⁴ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 24.

⁷⁵ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 24.

⁷⁶ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 24.

⁷⁷ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 25.

⁷⁸ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 20-21.

⁷⁹ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 9.

e violento nos seus assassinatos⁸⁰ e por isso importante reconhecer os padrões empenhados na cena do crime⁸¹. O *modus operandi* é deflagrado conforme a análise da arma do crime, o tipo de vítima e o local escolhido. A assinatura se liga à fantasia e, por isso, reproduz um ritual particular. Portanto, é o ritual do assassino em série. O *modus operandi* pode ser modificado, “aprimorado”, mas o ritual não, ele decorre da fantasia, da necessidade do *serial killer* em transgredir. As assinaturas não são fáceis de perceber, isso porque as vítimas se comportam de maneira diferente, além de fatores externos poderem interferir na ação do agressor⁸².

Ilana Casoy elencou algumas possíveis assinaturas: possuir uma ordem sexual específica; amarrar a vítima de forma particular; fazer o mesmo tipo de ferimento às suas vítimas; dispor o corpo de maneira peculiar; torturar, mutilar e/ou mantém alguma outra forma de comportamento ritual⁸³.

Apesar da importância do *modus operandi*, ele por si só não conecta crimes, isso porque se modifica ao longo dos crimes, diferente da assinatura que, mesmo que evolua, sempre apresentará o ritual que satisfaz o transgressor. Para John E. Douglas a assinatura é mais importante de se identificar, inclusive, que a identificação do perfil da vítima⁸⁴.

Uma coisa é certa, cada um desses transgressores cativa uma fantasia própria, que apenas pode ser verificada no caso em concreto. A menos que nos coloquem a frente de um estudo de caso, afirmar as fantasias possíveis de um *serial killer* é praticar a “adivinhação”⁸⁵.

⁸⁰ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 9.

⁸¹ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 60.

⁸² CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 61-62.

⁸³ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 62.

⁸⁴ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 63.

⁸⁵ Uma questão que me deparei durante a leitura das referências nesse trabalho foi quanto aos “anjos da morte”, ou seja, aqueles assassinos em série que cometem o homicídio de moribundos em leitos de UTI ou de idosos. Acredito que cada *serial killer* poderia ter a fantasia no sentido de sentir-se bem por acabar com o sofrimento de outrem, por exemplo. Donald Harvey se auto-proclamava um anjo da morte. Ele era enfermeiro em Londres e matava doentes terminais no hospital em que trabalhava, comumente com cianeto e arsênico, e afirmou ter matado por puro sentimento de empatia com o sofrimento de suas vítimas. Será que esse homicida em série teria uma fantasia? Como dito antes a fantasia é motivada por desejos insatisfeitos e deve ser entendida como uma tentativa do agente em se colocar na cadeia de significantes. Nesse sentido, esse tipo específico poderia ter dentre suas fantasias, assim como Donald Harvey um sentimento de empatia com o sofrimento de outrem, de modo que acre-

Quanto a essas questões, cabe destacar que certas características na fantasia podem estar ligadas às questões psicológicas. Os seres humanos possuem seu comportamento influenciado por causas biológicas, psicológicas e sociais⁸⁶. Assim, ao se falar em homicidas em série, não há como se esquivar dessas áreas, de forma a buscar a melhor interpretação das provas de um crime, por exemplo.

6 Aspectos psicológicos e as questões da patologização na Criminologia

Pela teoria de Freud, se acredita que a agressão surge devido a conflitos internos dos indivíduos⁸⁷. Para tanto, vale destacar o contexto social do indivíduo, uma vez que se mostra ser um dos principais motivos a despertar as fantasias do assassino em série, destacando-se traumas vivenciados na infância. A análise de perfis de personalidade⁸⁸ estabelecem que alguns tiveram uma infância traumática, com abusos sexuais, físicos, psicológicos ou foram abandonados⁸⁹.

Pesquisas indicam que cerca de 82% dos assassinos seriais sofreram abusos físicos, sexuais, emocionais ou foram negligenciados e abandonados quando criança. [...] Estas frustrações, ainda segundo análises de estereótipos, introduzem os Assassinos em Série num mundo imaginário, melhor que seu real, onde ele revive os abusos sofridos, identificando-se, desta vez com o agressor.⁹⁰

Quanto aos abusos infantis, podemos dividi-los em três categorias: es-

ditaria praticar uma espécie de eutanásia.

⁸⁶ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 36.

⁸⁷ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 13.

⁸⁸ A individualidade psíquica se compõe de: inteligência, personalidade, sentimentos e instintos orgânicos vitais. Percebe-se, portanto, que dentro dessa individualidade se encontra a **personalidade**, que se compõe dos: sentimentos, valores adquiridos, tendências instintivas e volições. A personalidade é mais complexa do que aquilo que se chama de “caráter”, uma vez que o engloba (quando se fala em volições) e inclui os sentimentos, que não estão presentes nesse. Apenas um quarto da personalidade se forma de cargas resultantes da influência do meio externo. Portanto, o meio social afeta diretamente na elaboração dos valores, mas não dos sentimentos, tendências e volições, que são características inatas. Os valores são frutos do pensar (raciocínio), em função dos sentimentos, que resulta em decidir condutas do indivíduo (seu querer e agir). EÇA, Antônio José. *Roteiro de psiquiatria forense*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8-9.

⁸⁹ Cerca de 82% deles foram abusados na infância CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 25.

⁹⁰ MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. Assassinos em série: uma análise legal e psicológica. *Pensar*, Fortaleza, v. 15. n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010. p. 307.

pancamento, abuso sexual e contato com sexualidade adulta – possivelmente pela pornografia. No grupo de crianças abusadas sexualmente, 75% conheciam o abusador; 20% o abuso era cometido pelo pai, 12% pelo padrasto e 2% pela mãe⁹¹.

Para tanto, ressalta-se a diferença entre o molestador de crianças e o pedófilo. Este último tem a ver com a desordem psicológica no sentido de uma nítida preferência sexual por crianças. Ele pode manter suas fantasias em segredo, nem sempre chegando às vias de fato. Diferente do molestador, isso porque ele não tem motivos sexuais, mas em geral foi vítima de outros tipos de abuso, em que ao molestar ele apenas prolonga a violência que já faz parte da sua existência. Para realizar essa violência, o molestador requer um relacionamento construído com a sua vítima^{92,93}.

Durante a infância, os laços familiares irão servir de mapa para todas as outras relações⁹⁴, isso porque a consciência de um indivíduo é moldada nesse momento⁹⁵. A consciência é a orientação auto psíquica propriamente dita. “*A consciência pode ser considerada uma função psíquica complexa, que tem como melhor definição o fato de ser a síntese de todas as funções gnóstico-intelectivas*⁹⁶ a um só tempo⁹⁷”.

Ela se divide em três tipos: **primitiva** (indiferenciada), **reflexiva** e a **consciência da própria personalidade**. O primeiro tipo ocorre sem reflexão ou raciocínio, é como reage a consciência de um acriança até os três anos. O segundo tipo acontece quando se começa a raciocinar e vivenciar os fatos, havendo certa ponderação e deliberação. É nesse tipo em que a criança começa a guardar as experiências como algo que possa ser importante para sua vida psíquica. E o último tipo é baseado na consciência reflexiva, em que o indivíduo atinge o máximo da reflexão⁹⁸.

Entre três e nove anos de vida os laços com os pais são formados, em que a

⁹¹ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 26.

⁹² Segundo o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, 90% dos casos de estupro cometido contra crianças provou que a vítima conhecia seu molestador. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 27.

⁹³ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 27.

⁹⁴ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 29.

⁹⁵ EÇÁ, Antônio José. *Roteiro de psiquiatria forense*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 22.

⁹⁶ Gnóstico-intelectiva pode ser chamado também de “pensar”. EÇÁ, Antônio José. *Roteiro de psiquiatria forense*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 11.

⁹⁷ EÇÁ, Antônio José. *Roteiro de psiquiatria forense*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 22.

⁹⁸ EÇÁ, Antônio José. *Roteiro de psiquiatria forense*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 22.

falta de laços pode ser a mola propulsora para o desenvolvimento da psicopatia. Entre os *seriais killers*, já que uma parte é psicopata, esse ponto está latente no sentido de haver laços tênues ou inexistentes entre o homicida e sua família. Na adolescência, demonstram isolamento familiar e social, normalmente vítimas de *Bullying*.

Segundo o ex-agente do FBI, John Douglas, as mulheres, quando são abusadas ou negligenciadas na infância, tendem a internalizar seus sentimentos mais que os homens. Por isso, as mulheres teriam um comportamento mais autodestrutivo, buscando consolo em vícios como o alcoolismo e drogas, ou na prostituição e suicídio. Por isso é mais difícil se encontrarem mulheres como *serial killers*, ou agindo de modo agressivo e predatório. Nesse sentido, quando elas são homicidas em série, tendem a matar conhecidos⁹⁹.

A maior parte são chamadas de “viúvas negras” ou de “anjos da morte”, isso porque o alvo são, respectivamente, seus maridos e amantes, ou velhos e doentes terminais¹⁰⁰. Podemos dizer que elas são mais “limpas”, quero dizer, com ausência de sangue; suas mortes parecem mais uma causa natural, como ataques do coração, suicídio ou doenças, normalmente resultado de um envenenamento¹⁰¹.

Pode se concluir que não há um fato isolado que “transforme” alguém em um assassino em série, por isso se destaca a “Tríade MacDonald¹⁰²”, que está presente nesses casos: (i) enurese¹⁰³; (ii) abuso sádico de crianças e animais¹⁰⁴; e (iii) destruição de propriedade e piromania (mania de fogo).

MacDonald elaborou sua tríade baseado na análise dos seus pacientes mais sádicos. Ele deixa claro que os comportamentos descritos na sua tese não se destinam a prever um comportamento criminal, mas tão somente oferecem sinais de alerta para uma criança sob estresse considerável, isso porque esses pon-

⁹⁹ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 31.

¹⁰⁰ VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004. p. 305.

¹⁰¹ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 31.

¹⁰² WEATHERBY, Georgie Ann; BULLER, Danielle M.; MCGINNIS, Katelyn. The Buller-McGinnis model of serial homicidal behavior: an integrated approach. *Journal of Criminology and Criminal Justice Research and Education*, Virginia, v. 3, n.1, 2009. Disponível em: <<http://www.scientificjournals.org/journals2009/articles/1441.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014. p. 4

¹⁰³ Inconsistência urinária sem conhecimento

¹⁰⁴ Quanto à crueldade com animais, apenas 36% dos transgressores foram sádicos com animais, os demais podem ter cometido crueldade com outras crianças ou até com bonecas e outros objetos. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 30.

tos serviriam para aliviar o estresse produzido por um ambiente inconstante. Ou seja, isso não significa que todas as crianças sob esse estresse irão desenvolver um comportamento tal a se transformarem em *seriais killers*, apesar desses comportamentos estarem presentes na infância desses transgressores¹⁰⁵.

Esses criminosos ainda apresentam, na infância, baixa autoestima, pesadelos e dores de cabeça constantes, problemas alimentares, masturbação compulsiva, automutilações, devaneios noturnos, isolamento social e familiar, entre outras, devaneios diurnos, mentiras, crônicas, rebeldia, acessos exagerados de raiva, insônia, fobias, fugas e possessividade destrutiva, todas relatadas pelos próprios transgressores¹⁰⁶. Além do mais, muitos deles possuem QI alto¹⁰⁷, sendo considerados gênios, mas, ao mesmo tempo, tiveram baixo desempenho na escola, não conseguindo, alguns, concluir o ciclo escolar¹⁰⁸.

Biologicamente, nenhum cientista conseguiu comprovar a existência de um “gene criminoso”¹⁰⁹ ou uma característica física criminosa, defendida por Césare Lombroso¹¹⁰. Entretanto, há fatores biológicos que não possuem natureza genética, mas que interferem na personalidade. É o caso como afirma Paul

¹⁰⁵ WEATHERBY, Georgie Ann; BULLER, Danielle M.; MCGINNIS, Katelyn. The Buller-McGinnis model of serial homicidal behavior: an integrated approach. *Journal of Criminology and Criminal Justice Research and Education*, Virginia, v. 3, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.scientificjournals.org/journals2009/articles/1441.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014. p.4.

¹⁰⁶ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 18.

¹⁰⁷ Ed Kemper tinha o QI superior a 140. Ele se uniu a um grupo de internos – presos – voluntários para gravar livros para cegos.

¹⁰⁸ BONFIM, 2004 apud MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. Assassinos em série: uma análise legal e psicológica. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010. p 307.

¹⁰⁹ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 32

¹¹⁰ Cabe ressaltar que Lombroso, médico italiano, estaria inserido numa época em que se buscava explicar os fenômenos humanos e sociais no positivismo, procurando conhecer a realidade social nas ciências exatas e naturais, caracterizada pela observação empírica - experiências. Nesse contexto, o médico propõe um estudo das causas do crime a partir do homem criminoso. Suas conclusões saíram em 1876, em *L'Uomo Delinquente*, que concluiu que, por um efeito necessário da sua natureza, o criminoso é arrastado à prática do crime. Por meio de um procedimento chamado anátomo-patológico, que estuda as peças do organismo alteradas por processos patológicos – ou seja, um diagnóstico de doença -, ele realizou um parecer acerca das características físicas dos detentos que se encontravam presos na Penitenciária de Pádua. Em sua teoria, a natureza criava o delinquente e a sociedade lhe daria os meios para delinquir. Um criminoso era pessoa “inferior”, isto é, fora dos padrões do desenvolvimento biopsíquico normal, se assemelhando a selvagens. Nas suas conclusões, eram negros e orientais. Era uma espécie particular do gênero humano. PENTEADO, Conceição. *Psicopatologia forense: breve estudo sobre o alienado e a lei*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 8.

Bernhard¹¹¹, que a alta taxa de testosterona e o baixo nível de seratonina causam, respectivamente, alto nível de agressividade e baixo de sociabilidade, levando à frustração, agressividade e comportamentos sádicos. Afirma Christopher Patrick¹¹² que o “*psicopata tem menor taxa de mudanças cardíacas e de condução elétrica na pele como reação ao medo*”¹¹³.

O Dr. Robert Hare¹¹⁴ realizou uma pesquisa que consistia em monitorar as ondas cerebrais de psicopatas e observar como reagiam à linguagem verbal de palavras como câncer, morte, mesa ou cadeira. Os psicopatas não tinham nenhuma mudança especial registrada, diferente de pessoas saudáveis, que tinham sua atividade cerebral rapidamente modificada.

Para Dominique La Pierre, “*o córtex pré-frontal, área do planejamento em longo prazo, julgamento e controle de impulsos, não funciona normalmente em psicopatas*”¹¹⁵. O Dr. Adrian Raine¹¹⁶ percebeu em suas pesquisas que aqueles que cometem crimes violentos, que são antissociais, impulsivo e sem remorso, possuem, em média, 11% menos de matéria cinzenta no Córtex pré-frontal que o normal. Entretanto, o próprio Doutor já afirmou que o defeito não está relacionado com o comportamento violento, mas tão somente, para alguns, aumentaria a sua probabilidade de vir a ser um indivíduo violento¹¹⁷.

Alguns pesquisadores associariam algum defeito do hipotálamo, lobo temporal ou cérebro límbico a algum comportamento agressivo. Isso porque

¹¹¹ BERNHARD, 2004 apud CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro; CAVALCANTI, Bernardo Moraes. Serial Killers e os crimes hediondos no Brasil: qual a sanção penal adequada?. In _____. (Org.). *O direito penal em debate: a eficácia do sistema criminal na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Clássica, 2014. p. 20-32. p. 24.

¹¹² PATRICK, 2004 apud CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro; CAVALCANTI, Bernardo Moraes. Serial Killers e os crimes hediondos no Brasil: qual a sanção penal adequada?. In _____. (Org.). *O direito penal em debate: a eficácia do sistema criminal na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Clássica, 2014. p. 20-32. p. 23.

¹¹³ O grupo de pesquisa de Christopher Patrick mostrou para um grupo de presidiários três tipos de slides: agradáveis, neutros e desagradáveis. Um grupo, identificado posteriormente como psicopatas, mostraram deficiência quanto ao medo, não demonstrando emoções diferentes com o passar dos slides. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 33.

¹¹⁴ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 33-34.

¹¹⁵ PIERRE 2004 apud CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro; CAVALCANTI, Bernardo Moraes. Serial Killers e os crimes hediondos no Brasil: qual a sanção penal adequada?. In _____. (Org.). *O direito penal em debate: a eficácia do sistema criminal na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Clássica, 2014. p. 20-32. p. 23.

¹¹⁶ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 34.

¹¹⁷ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 35.

o hipotálamo regula nosso sistema hormonal e emoções; o cérebro límbico, as emoções e motivações, em que o indivíduo poderia perder o controle sobre suas emoções primárias – medo e raiva; e o lobo temporal, ao ser machucado, pode gerar formas de amnésia ou ataques epiléticos, ou um aumento de respostas agressivas¹¹⁸.

Quanto a esses ferimentos cerebrais, alguns deles podem ter ocorrido por surras durante a infância. Entre os assassinos em série que possuem ferimentos na cabeça temos: Leonard Lake, David Berkowitz, Kenneth Bianchi e John Gacy¹¹⁹.

Então, a ideia não seria indagar “por que esse criminoso comete o crime?” – pergunta que, aliás, já foi retirada da Criminologia pela sua tendência lombrosiana –, dado que muitos conflitos que esses homicidas passa também foram sofridos por outras pessoas e também porque, como já foi enfatizado algumas vezes no decorrer desse artigo, o motivo que leva um *serial killer* somente faz sentido para a ele mesmo.

A fantasia, que representa todo o ritual de um homicida em série, tem um sentido simbólico a ele. Cada parte do roteiro descrito pelo agressor tem um significado único e especial que apenas ele entende. Há aqueles que sentem um prazer no domínio da vítima e apenas nisso, sem nenhum cunho sexual na morte e isso teria um motivo específico? É muito fácil afirmar o transgressor é “louco” e colocar isso como “motivo do crime”. Isso é resposta para o senso comum, mas não para a Criminologia – e nem pode ser.

Por isso, não seria, também, uma questão de patologização do transgressor, apesar de alguns deles serem diagnosticados como portadores de transtorno de personalidade. No decorrer da história do Direito Penal, observou-se uma crescente patologização do comportamento criminoso, do mesmo modo que a associação entre doença e crime foi importante e determinante para se construir juridicamente um conceito de periculosidade criminal. Aliás, segundo Mecler¹²⁰, teria sido a escola positiva do Direito Penal quem teria criado o conceito de

¹¹⁸ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 35.

¹¹⁹ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 36.

¹²⁰ MECLER, 2000 FERES, Roberto Carlos et al. Avaliação psicológica de grupos de criminosos do sistema penitenciário do estado de São Paulo. Revista USP, São Paulo, n. 5, p. 153-164, mar./maio, 2002. p. 158

periculosidade. Para essa escola, o delito seria um indicador, um sintoma de personalidade anormal¹²¹.

Não estamos aqui tratando dessas nuances, isso porque já foi superado pela Criminologia. O que é real não é o fato de um *serial killer* cometer o homicídio em função de alguma patologia psíquica, como se isso fosse determinante para seu comportamento, mas sim o fato de alguns homicídios em série terem como agentes pessoas com transtornos de personalidade. Essa afirmativa se comprova pela pesquisa realizada pelo Dr. Michael H. Stone^{122 123}, que comprovou empiricamente que 86,5% desses transgressores preenchiam os critérios de Hare para psicopatia, sendo que 9% exibiram traços psicopáticos, além disso, metade dos homicidas exibiu personalidade esquizoide, definido pelo DSM-IV. Dentro desse grupo de homicidas seriais psicopatas, 93% apresentavam transtorno sádico e metade eram esquizóides.

Nesse sentido, desprezar a existência do transtorno é um equívoco, do mesmo modo que usá-lo como “motivação” também o é. Robert Hare¹²⁴ afirma que ninguém nasce psicopata, mas com tendências à psicopatia e a maior parte dos *seriais killers* são diagnosticados com esse transtorno de personalidade antisocial. Apesar do psicopata não dominar seus impulsos, sabem distinguir o certo e o errado, tanto que se preocupam em não serem apanhados, além de terem como características a ausência de ansiedade, culpa ou remorso.

Nesse caso, buscar um “porquê” do crime parece-me que significaria entrar no labirinto de Creta¹²⁵. “*O psicopata busca constantemente o próprio pra-*

¹²¹ MECLER, 2000 FERES, Roberto Carlos et al. Avaliação psicológica de grupos de criminosos do sistema penitenciário do estado de São Paulo. Revista USP, São Paulo, n. 5, p. 153-164, mar./maio, 2002. p. 158

¹²² Michael H. Stone é mais conhecido por ser o autor de “*the anatomy of Evil*”, ou “anatomia do mal.

¹²³ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo, v. 28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014. p. s78.

¹²⁴ HARE, 2009 apud CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro; CAVALCANTI, Bernardo Moraes. Serial Killers e os crimes hediondos no Brasil: qual a sanção penal adequada?. In _____ (Org.). *O direito penal em debate: a eficácia do sistema criminal na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Clássica, 2014. p. 20-32. p. 21.

¹²⁵ Não me refiro aqui à presença de um “Minotauro”, mas no sentido que não haveria como se sair desse labirinto, isso porque entrar-se-ia em falácias. Atribuir à conduta como criminosa é trabalho do legislador e, uma vez ocorrendo a subsunção do fato a norma, teríamos o transgressor desta. Assim, afirmar que o agente infrator da lei seria, na verdade, um “doente” – pa-

zer.”¹²⁶, o que interessa é o desejo de dominar e se sentir superior e o crime se mostra secundário. A psicopatia se caracteriza “*por atos antissociais e criminosos contínuos, mas não é sinônimo de criminalidade. Em vez disso trata-se de uma incapacidade de conformar-se às normas sociais que envolvem muitos aspectos do desenvolvimento adolescente e adulto do paciente*”¹²⁷.

Ocorre que, apesar da afirmação de alguns criminologistas que os homicidas em série são todos psicopatas¹²⁸, nem todos o são, apenas uma menor parte são assim diagnosticados¹²⁹. Assim, além da presença de outros tipos de transtornos, ou de psicose, há aqueles que não possuem nenhuma patologia, que são, como se diz no senso comum, seres saudáveis, mas que mesmo assim cometem esses crimes, muitos tendo desejo pela dominação e a subjugação com ingredientes sádicos¹³⁰.

O psicótico possui alucinações¹³¹ e delírios, os quais não possuem funda-

tologização – e que sua conduta seria resultado desta realmente parece tornar a ideia de crime mais lógico, como afirma Ilana Casoy CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 30, mas não passariam de meras falácias de um discurso lombrosiano.

¹²⁶ BALLONE, 2005 apud. MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. Assasinos em série: uma análise legal e psicológica. *Pensar*, Fortaleza, v. 15. n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010. p. 310

¹²⁷ KAPLAN, 1997 apud. MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. Assasinos em série: uma análise legal e psicológica. *Pensar*, Fortaleza, v. 15. n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010. p. 311

¹²⁸ CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro; CAVALCANTI, Bernardo Moraes. Serial Killers e os crimes hediondos no Brasil: qual a sanção penal adequada?. In _____. (Org.). *O direito penal em debate: a eficácia do sistema criminal na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Clássica, 2014. p. 20-32. p. 23

¹²⁹ BALLONE, 2004 apud CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro; CAVALCANTI, Bernardo Moraes. Serial Killers e os crimes hediondos no Brasil: qual a sanção penal adequada?. In _____. (Org.). *O direito penal em debate: a eficácia do sistema criminal na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Clássica, 2014. p. 20-32. p. 23.

¹³⁰ WOOD; MICHAUD apud MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v.28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014. p. s78

¹³¹ Há uma percepção errônea, dado pelo valor de realidade que se atribui, porém não há objeto, em que qualquer explicação que se é dada é melhor que negar sua existência; como na esquizofrenia. Cabe ressaltar que as alucinações podem se darem qualquer dos sentidos. Podem ser auditivas, ou seja, ouvindo-se vozes, como um pensamento sonorizado que, em alguns casos, pode ser imperativo, como quando o esquizofrênico ouve alguma ordem como se viesse de fora da sua cabeça. Muitos serials killers cometeram crimes assim, alguns afirmam, inclusive, ter ouvido a “voz de Deus” para que executassem suas vítimas – é o exemplo de Albert Fish, que “ordenado por Deus” teria castrado garotos, cometido canibalismo, entre outros NEWTON, Michael. *A enciclopédia de serial killers*. Tradução de Ana Lúcia Mantovani Ferreira. 2. ed. São Paulo: Madras, 2008. p. 139-141. Há, ainda, as alucinações visuais, gustativas, olfativas

mento na realidade, isto é, não existem. As alucinações se relacionam aos sentidos e percepções, ao passo que os delírios são processo do pensamento. O delírio mais comum é o instinto de perseguição.

[...] o assassino em série psicótico atuaria em consequência de seus delírios e sem crítica do que está fazendo, enquanto o tipo assassino em série psicopata atuaria de acordo com sua crueldade e maldade. O psicopata tem juízo crítico de seus atos e é muito mais perigoso, devido à sua capacidade de fingir emoções e se apresentar extremamente sedutor, consegue sempre enganar suas vítimas.¹³²

Como afirmado anteriormente, os seres humanos possuem seu comportamento influenciado por causas biológicas, psicológicas e sociais¹³³. “*Racionalizar o ato como sendo resultado de uma doença mental parece tornar o crime mais lógico*”¹³⁴. Apesar de fazer mais sentido mesmo, apenas 5% dos assassinos em série estavam mentalmente doentes no momento de seus crimes. A alegação de insanidade, quando eles são pegos, é algo muito frequente e, nesse sentido, se colocam os transtornos de personalidade¹³⁵.

7 Transtorno de personalidade

Os transtornos mentais e de comportamento, segundo a décima edição da Classificação Internacional de Doença, CID-10, da Organização Mundial da Saúde, OMS, são descritos como “*perturbação grave da constituição caracterológica e das tendências comportamentais de um indivíduo*”¹³⁶. Há três possibilidades

e corporais, quando se acredita que fios se enrolam em seu corpo, ou se sente cheio de sangue ou cadáver, ou que a comida está com gosto diferente. Comumente ocorrem nos quadros de síndrome paranoide, principalmente na esquizofrenia. Por fim, existem alucinações chamadas de automatismo de presença, que é aquela em que, apesar de não se vê, sente-se que há algo ou alguém atrás de si. Nesses casos, o paciente pode estabelecer um diálogo solitário (falar sozinho) e mussitação (cochichar baixo e permanentemente). EÇÁ, Antônio José. *Roteiro de psiquiatria forense*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 16-17.

¹³² BALLONE, 2005 apud MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. Assassinos em série: uma análise legal e psicológica. *Pensar*, Fortaleza, v. 15. n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010. p. 309

¹³³ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 36

¹³⁴ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 32

¹³⁵ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 32

¹³⁶ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v.28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014. p. s75

etiológicas, segundo esse manual, para os transtornos: (i) decorrentes de doença, lesão e disfunção cerebrais (F07)¹³⁷; (ii) transtornos específicos de personalidade (F60); e (iii) alterações permanentes de personalidade, não atribuíveis a lesão ou doença cerebral (F62)^{138 139}.

O que nos importa nesse assunto ao trabalho é justamente a segunda possibilidade etiológica, isso porque quando os homicidas em série são pegos pela polícia, buscam simular uma insanidade, alegando justamente possuir algum desses transtornos, ou qualquer outro que o possa eximir de responsabilidade¹⁴⁰, em específico a esquizofrenia. Ocorre que, quanto a essa, há *serial killer* que realmente possuem algum desses transtornos, eles correspondem a um percentual de 5%¹⁴¹.

De fato, as estatísticas mostram que apenas 1% dos delinquentes suspeitos americanos pleiteiam insanidade no julgamento e apenas um, em cada três desses, é finalmente absolvido. Os assassinos seriais, com seu bizarro ornamento de sadismo, necrofilia e similares, parecem idealmente adequados para pleitos de insanidade, mas mesmo aqui a vantagem contra absolvição é extrema. Desde 1900, nos Estados Unidos, apenas 3,6% dos *serial killers* identificados foram declarados incompetentes para julgamento, ou liberados por insanidade.¹⁴²

¹³⁷ Essa possibilidade trata de mudanças de personalidades decorrentes de doenças cerebrais, como tumores, acidente vascular cerebral, traumatismo craniano. Esses transtornos se desenvolvem em: transtorno orgânico de personalidade, síndrome pós-encefálica e síndrome pós-traumática. LOUZÁ NETO, Mario Rodrigo; CORDÁS, Tâki Athanássios. *Transtornos da personalidade*. Porto Alegre: 2011. p. 20.)

¹³⁸ Ocorrem na fase adulta no indivíduo que não possui transtornos prévios de personalidade, mas que se desenvolve por causa de um *stress* dramático, excessivo ou prolongado ou até por uma doença psiquiátrica grave. Trata-se de um comportamento rígido e mal adaptado que era ausente antes do *stress*. As hipóteses são experiências catastróficas ou após doença psiquiátrica. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10*. Tradução do Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português. 10. ed. rev. São Paulo: USP, 2007. p. 355-356).

¹³⁹ LOUZÁ NETO, Mario Rodrigo; CORDÁS, Tâki Athanássios. *Transtornos da personalidade*. Porto Alegre: 2011. p. 20.

¹⁴⁰ Judicialmente, essa defesa usada pelos *serial killers*, pleiteando medida de segurança. A consequência de tal decretação significa que surgirá, todo ano, a possibilidade de sua soltura desses, uma vez que a lei ordena que nesse caso se faça anualmente um exame de cessação de periculosidade. MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. Assassinos em série: uma análise legal e psicológica. *Pensar*, Fortaleza, v. 15. n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010. p. 318

¹⁴¹ BALLONE, 2003 apud. MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. Assassinos em série: uma análise legal e psicológica. *Pensar*, Fortaleza, v. 15. n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010. p. 315.

¹⁴² NEWTON, 2005 apud. MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. Assassinos em série: uma análise legal e psicológica. *Pensar*, Fortaleza, v. 15. n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010.

Assim, chamaremos os transtornos específicos de personalidade apenas por transtorno de personalidade, ou TP. Além da CID-10, a DSM-IV também apresenta um rol de TPs e propõe um modelo muito parecido à CID-10. Este é um manual diagnóstico e estatístico que foi adotado pela *American Psychiatric Association*, a APA, e que se correlaciona com a classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10¹⁴³. A maioria dos subtipos daquela é bem parecida a esta. A diferença seria o fato de a personalidade esquizóide da CID-10 não se dividir em esquizotípica, isso porque essa seria uma síndrome vizinha à esquizofrenia; e a personalidade narcisista não teria um correspondente nesta última. Além disso, a DSM-IV separa os transtornos em três grupos¹⁴⁴. Percebe-se, também, que na divisão dos emocionalmente instável, a CID-10 o divide em *bordeline* e impulsivo, enquanto a DSM-IV não trata desse segundo¹⁴⁵.

Quadro 1 – Transtorno de personalidade segundo a CID-10 e o DSM-IV

CID-10	DSM-IV	
Paranoide	Paranoide	Grupo A
Esquizoide	Esquizoide	
	Esquizotípica	
Dissocial	Antissocial	Grupo B
Emocionalmente instável	Borderline	
	Narcisista	
Histriônico	Histriônica	Grupo C
Anancástico	Obsessivo-compulsiva	
Ansioso (evitativo)	Evitativa	
Dependente	Dependente	

Fonte: LOUZÃ NETO; CORDÁS (2011, p. 21)

Ocorre que o DSM-IV é muito específico, direcionado em especial aos profissionais da área. Ele “advém dos conhecimentos teóricos de psicologia, psicopatologia e psiquiatria, do treinamento adequado e da experi-

¹⁴³ MATOS, Evandro Gomes; MATOS, Thania Mello Gomes; MATOS, Gustavo Mello Gomes. A importância e as limitações do uso do DSM-IV na prática clínica. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, p. 312-318, 2005. p. 313

¹⁴⁴ LOUZÃ NETO, Mario Rodrigo; CORDÁS, Táki Athanássios. *Transtornos da personalidade*. Porto Alegre: 2011. p. 22.

¹⁴⁵ LOUZÃ NETO, Mario Rodrigo; CORDÁS, Táki Athanássios. *Transtornos da personalidade*. Porto Alegre: 2011. p. 26.

ência acumulada ao longo dos anos de exercício da profissão¹⁴⁶.” Além disso, produziu uma grande fragmentação dos quadros de TP’s¹⁴⁷. Para tanto, como nosso objetivo não se trata da especificação completa dos transtornos, cabe-nos apenas os expor de maneira suficiente, por isso adotaremos a CID-10.

Os TPs são distúrbios graves da constituição caracterológica e das tendências comportamentais do ser. Costumam aparecer na infância e adolescência, se prolongando pela vida adulta¹⁴⁸. Essa perturbação não deve à doença, lesão ou afecção cerebral ou transtorno psiquiátrico, na verdade, normalmente, envolve várias áreas da personalidade, normalmente associada à ruptura pessoal e social. Trata-se de anomalias do desenvolvimento psíquico, consideradas perturbações da saúde mental¹⁴⁹.

Os transtornos de personalidade se traduzem por atritos no relacionamento interpessoal, devido à desarmonia da organização e da integração da vida afetivo-emocional. Tratam-se, pois, de condições permanentes, em que a incidência global varia entre 10% e 15%; já entre os americanos adultos, corresponde a 14,79% da população¹⁵⁰.

Uma das anomalias registradas em um indivíduo com transtorno de personalidade antissocial que pratica crimes é a persistência de ondas lentas nos lobos temporais. Segundo a “Teoria da Excitação Geral da Criminalidade”, desenvolvida por Eysenck e Gudjohnsson¹⁵¹ há uma condição biológica

¹⁴⁶ MATOS, Evandro Gomes; MATOS, Thania Mello Gomes; MATOS, Gustavo Mello Gomes. A importância e as limitações do uso do DSM-IV na prática clínica. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, p. 312-318, 2005. p. 314

¹⁴⁷ MATOS, Evandro Gomes; MATOS, Thania Mello Gomes; MATOS, Gustavo Mello Gomes. A importância e as limitações do uso do DSM-IV na prática clínica. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, p. 312-318, 2005. p. 314

¹⁴⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10*. Tradução do Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português. 10. ed. rev. São Paulo: USP, 2007. p. 351.

¹⁴⁹ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014. p. s75.

¹⁵⁰ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014. p. s75

¹⁵¹ EYSENCK; GUDJOHNSSON, 1989 apud MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira*

comum clara às predisposições comportamentais dos portadores de psicopatia.

Estes seriam extrovertidos, impulsivos e caçadores de emoções, apresentando um sistema nervoso relativamente insensível a baixos níveis de estimulação (não se contentam com pouco, são hiperativos na infância). Assim, para aumentar sua excitação, participam de atividades de alto risco, como o crime.¹⁵²

Ainda não se foi possível encontrar genes específicos para os diversos transtornos, apenas se pode afirmar que são responsáveis pelas pré-disposições, devendo se considerar o ambiente em que vive o indivíduo e sua interação com ele estabelecida.

A CID-10 descreve 8 tipos de transtornos específicos de personalidade, que são nomeados em transtorno paranoide, esquizóide, antissocial, histriônico, anancástico, ansioso, dependente e emocionalmente instável, sendo este último subdividido em impulsivo e *bordeline*. A seguir trarei as características destes conforme o documento da OMS.

O **Transtorno de personalidade paranoide (F60.0)** deriva do conceito paranóia, o qual é entendido por Freud como¹⁵³ “*neuropsicose de defesa, detectando a origem de todos os distúrbios mentais no resultado de um processo psicodinâmico com raízes evolutivas específicas*”. Trata-se de transtorno caracterizado por uma personalidade de sensibilidade excessiva diante das contrariedades, com a recusa em perdão de insultos a eles proferidos, de caráter desconfiado, com tendências a distorcer fatos. Na vida a dois, costumam desconfiar de seus parceiros, acreditando estarem sendo traídos. Pode acontecer do portador dessa personalidade se super-avaliar quanto a sua própria importância, havendo excessiva auto referência¹⁵⁴.

O **Transtorno de personalidade esquizóide (F60.1)** se caracteriza por

de *Psiquiatria*, São Paulo, v.28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014. p. S75

¹⁵² MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v.28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014. p. s75

¹⁵³ Sica, 2003. 34

¹⁵⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10*. Tradução do Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português. 10. ed., rev. São Paulo: USP, 2007 p. 351-352

um retraimento social e afetivo, preferindo suas fantasias. Seus portadores preferem atividades a sós e introspectiva¹⁵⁵.

O **Transtorno de personalidade dissocial (F60.2)**, também chamado de anti-social ou psicopata, se caracteriza por falta de empatia para com os outros e desprezo pelas obrigações sociais e seu comportamento dificilmente é modificado por experiências adversas – como as punições. Há quase uma intolerância às frustrações, com baixo limiar de descarga da agressividade. Possui, ainda, uma forte tendência a culpar os demais ou fornecer argumentos plausíveis para explicar um comportamento que o leve a entrar em conflito com a sociedade¹⁵⁶.

[...] A explicação psicanalítica originária de Freud (1915), bem como seu desenvolvimento em Alexandre (1923, 1930, 1935), encontra as bases do mencionado comportamento no prazer que esses sujeitos sentem ao cometerem ações proibidas; segundo essa teoria, as pessoas em questão sofrem, constantemente, de um sentimento de culpa que se redimensiona sempre a fazerem algo errado. Nos trabalhos mais recentes (Bursten, 1972), afirmam-se que as atitudes proibidas que toma o sociopata expressam a necessidade deste de preservar a auto-estima. [...] ¹⁵⁷

O **Transtorno de personalidade emocionalmente instável (F60.3)** se caracteriza por uma tendência clara de agir de modo imprevisível, desconsiderando as consequências. Possui um humor imprevisível e caprichoso, além de uma tendência a acessos de cólera e uma incapacidade de controle de seus impulsos. Possui tendência a entrar em conflito com as demais pessoas, principalmente quando contrariado ou censurado¹⁵⁸.

Subdivide-se em impulsivo e *Borderline*. O primeiro se caracteriza por instabilidade emocional e falta de controle nos impulsos. Ao passo que o segundo, por perturbações da autoimagem, do estabelecimento de projetos e preferências pessoais, isso porque possui sensações crônicas de vacuidade, dadas suas relações interpessoais serem intensas e instáveis, pelo portador comportar-se de

¹⁵⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10*. Tradução do Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português. 10. ed. rev. São Paulo: USP, 2007 p. 352.

¹⁵⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10*. Tradução do Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português. 10. ed. rev. São Paulo: USP, 2007 p. 352.

¹⁵⁷ Sica. 2003. p. 39

¹⁵⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10*. Tradução do Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português. 10. ed. rev. São Paulo: USP, 2007 p. 353.

forma autodestrutiva. Alguns, inclusive, chegam ao suicídio¹⁵⁹. O termo *Border-line* foi continuamente usado na psicanálise para descrever a “linha cinzenta” entre neuróticos e psicóticos¹⁶⁰.

O **Transtorno de personalidade histriônico (F60.4)** se caracteriza por uma afetividade superficial, por ações dramáticas e teatrais, além de expressão exagerada de suas emoções. É indivíduo egocêntrico, com auto complacência e falta de consideração com o próximo¹⁶¹.

O **Transtorno de personalidade anancástico (F60.5)** se caracteriza por ser perfeccionista, com sentimento de dúvida, escrupulosidade, preocupação com coisas poucas, obstinação, prudência e excessiva rigidez. Pode apresentar comportamentos e pensamentos repetitivos e invasivos, chegando próximo a um transtorno obsessivo-compulsivo¹⁶².

O **Transtorno de personalidade ansioso (F60.6)** se caracteriza por um comportamento tenso e de apreensão, inseguro e com sentimentos de inferioridade. Há uma necessidade de ser amado e aceito pelos demais, por isso possui muita sensibilidade à crítica e à rejeição. Possui tendência a evitar atividades que divergem da rotina, submetida a perigos ou potenciais riscos¹⁶³.

O **Transtorno de personalidade dependente (F60.7)** se caracteriza por forte tendência sistemática a se omitir de decisões, independente da magnitude, deixando-a aos demais. Possui medo do abandono, além de perceber-se como ser fraco e incompetente. Submete-se às vontades dos outros. Falta-lhe energia, a qual se traduz em alterações das funções intelectuais ou perturbações das emoções.

Os pacientes de transtornos demandam excessiva atenção pelos profissionais que os atendem, dado que são considerados de difícil manejo¹⁶⁴. Há evidên-

¹⁵⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10*. Tradução do Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português. 10. ed. rev. São Paulo: USP, 2007. p. 353.

¹⁶⁰ LOUZÃ NETO, Mario Rodrigo; CORDÁS, Táki Athanássios. *Transtornos da personalidade*. Porto Alegre: 2011. p. 23.

¹⁶¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10*. Tradução do Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português. 10. ed. rev. São Paulo: USP, 2007. p. 353.

¹⁶² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10*. Tradução do Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português. 10. ed. rev. São Paulo: USP, 2007. p. 353.

¹⁶³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10*. Tradução do Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português. 10. ed. rev. São Paulo: USP, 2007. p. 353-354.

¹⁶⁴ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. *Personality disorders, psychopathy and serial killers*. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em:

cias que aqueles que preenchem todos os critérios para a psicopatia não possuem tratamento, isso porque seu egocentrismo e menosprezo pela psiquiatria dificultam seu tratamento¹⁶⁵. Berry¹⁶⁶, em sua pesquisa de campo, concluiu que 44% dos psicopatas não respondiam ao tratamento em um ano de tentativa. Sugere-se que a resposta terapêutica negativa se associa a

antecedentes prisionais predominando sobre os hospitalares; não aceitação prévia em realizar tratamento psiquiátrico e falta de resposta ao mesmo; crime no qual a vítima era desconhecida pelo paciente; e baixo nível de motivação para o tratamento.¹⁶⁷

De outro lado, os antissociais não psicopatas respondem aos processos psicoterápicos. Outra parte, apesar de não responder inicialmente, mas apresenta mudanças comportamentais após os 40 anos¹⁶⁸.

O lítio pode ser útil no tratamento de comportamento agressivo e os anticonvulsivantes, como o topiramato, podem aliviar sintomas de instabilidade de humor, irritabilidade e impulsividade. Antipsicóticos podem ser eficazes no controle de sintomas dessa natureza por vezes exibidos por pacientes *borderline*. Antidepressivos inibidores seletivos da recaptação da serotonina podem ser úteis em pacientes também *borderline*.²¹ Por outro lado, benzo-diazepínicos, usados em outros tipos de transtornos de personalidade, como o paranóide ou o histriônico, devem ser evitados em transtorno anti-social, devido ao alto risco de abuso de substâncias por parte desses pacientes.¹⁶⁹

2 maio 2014.p. s77-s78

¹⁶⁵ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v.28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014 p. s77-s78

¹⁶⁶ Berry. Apud. MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v.28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014. S77

¹⁶⁷ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v.28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014 p. s77-s78

¹⁶⁸ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v.28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014 p. s78

¹⁶⁹ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v.28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em:

No Direito Penal, os homicidas em série são considerados imputáveis. Por ser difícil a constatação da psicopatia, o juiz deve se pautar em laudos psiquiátricos, determinando que se realizem testes científicos que verifiquem a psicopatia para definir seu grau¹⁷⁰. O fato de o homicida possuir algum transtorno de personalidade ou parafilia não faz dele um alienado mental, nesse sentido,

De fato, as estatísticas mostram que apenas 1% dos delinquentes suspeitos americanos pleiteiam insanidade no julgamento e apenas um, em cada três desses, é finalmente absolvido [...] Desde 1900, nos Estados Unidos, apenas 3,6% dos serial killers identificados foram declarados incompetentes para julgamento, ou liberados por insanidade¹⁷¹.

Na suspeita de que o acusado possa ser doente mental, instaura-se o incidente de sanidade mental. O processo fica suspenso e o réu se submete ao exame. Ainda quanto aos transtornos de personalidade, cabe ressaltar algumas ferramentas utilizadas para sua identificação. Nesse sentido, tem-se o diagnóstico e a perícia, utilizados em especial no processo penal fará delimitar a imposição e aplicação da pena.

8 O diagnóstico e a perícia

O diagnóstico é de difícil identificação pelos psiquiatras. Isso porque não há dedicação às pesquisas dado ao fato de se entender que são patologias permanentes e refratárias ao tratamento. Há, ainda, a polêmica internacional centrada na divergência entre a valorização das entrevistas livres ou a aplicação de testes padronizados (com perguntas diretivas). Segundo Western¹⁷², no caso da personalidade antissocial, esta é a que mais se beneficia das entrevistas estruturais, dados os índices objetivos de seus comportamentos. Para o diagnóstico, deve

2 maio 2014 p. s78

¹⁷⁰ Stone, 2006 apud CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro; CAVALCANTI, Bernardo Moraes. *Serial Killers e os crimes hediondos no Brasil: qual a sanção penal adequada?*. In _____ (Org.). *O direito penal em debate: a eficácia do sistema criminal na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Clássica, 2014. p. 20-32. p. 24.

¹⁷¹ NEWTON, 2005 apud MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. *Assasinos em série: uma análise legal e psicológica*. *Pensar*, Fortaleza, v. 15. n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010. p. 315.

¹⁷² MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. *Personality disorders, psychopathy and serial killers*. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v.28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014 p. s76

haver, também, avaliação semiológica, investigando-se a história de vida do examinado. Cabe ressaltar que

[...] as características relacionadas aos TP manifestam-se em circunstâncias específicas, quando as situações vivenciadas pelo sujeito assumem um significado tal que despertam reações peculiares que, por sua vez expressam a dinâmica psíquica latente.¹⁷³

A *American Psychiatric Association* (DSM IV) apresenta critérios para se diagnosticar o transtorno de personalidade antissocial – a TPA. Segundo a Associação, o primeiro ponto seria identificar um padrão global de desrespeito e violação dos direitos alheios, que ocorre desde os 15 anos, indicado por, no mínimo, três dos seguintes critérios: (i) incapacidade de adequar-se às normas sociais com relação a comportamentos ilícitos, indicada pela execução repetida de atos que constituem motivos de detenção; (ii) propensão para enganar, indicada por mentir repetidamente, usar nomes falsos ou ludibriar os outros para obter vantagens pessoais ou prazer; (iii) impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro. (iv) irritabilidade e agressividade, indicadas por repetidas lutas corporais e agressões físicas; (v) desrespeito irresponsável pela segurança própria; (iv) ausência de remorso, indicada por indiferença ou racionalização ou alheia; e (vii) irresponsabilidade consistente, indicada por um repetido fracasso em manter um comportamento laboral consistente ou de honrar obrigações financeiras. por ter ferido, maltratado ou roubado alguém.

O segundo ponto indica a idade do entrevistado, que deve ter, no mínimo, dezoito anos de idade. Em seguida, o terceiro ponto, identifica-se a existência de evidências de transtorno de conduta com início antes dos quinze anos de idade. E o último, e quarto ponto, identificam se a ocorrência do comportamento antissocial não se dá exclusivamente durante o curso da Esquizofrenia ou Episódio Maníaco.

Outro critério seria o da *Checklist* de Hare. O psiquiatra criou a escala PCL-R, instrumento para perceber a condição de psicopatia. Essa escala é um *checklist* com vinte item, de pontuação de zero a dois para cada item, perfazem-

¹⁷³ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v.28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014 p. s76

do um total de quarenta, no qual o resultado acima de trinta pontos traduz um psicopata.

Os itens da escala de Hare são: (i) loquacidade/charme superficial; (ii) autoestima inflada; (iii) necessidade de estimulação/tendência ao tédio; (iv) mentira patológica; (v) controle/manipulação; (vi) falta de remorso ou culpa; (vii) afeto superficial; (viii) insensibilidade/falta de empatia; (ix) estilo de vida parasitário; (x) frágil controle comportamental; (xi) comportamento sexual promíscuo; (xii) problemas comportamentais precoces; (xiii) falta de metas realísticas em longo prazo; (xiv) impulsividade; (xv) irresponsabilidade; (xvi) falha em assumir responsabilidade; (xvii) muitos relacionamentos conjugais de curta duração; (xviii) delinquência juvenil; (xix) revogação de liberdade condicional; e (xx) versatilidade criminal.

Segundo Morana¹⁷⁴, pela análise de grupos de transgressores classificados com transtorno antissocial de personalidade, podemos subdividi-los em dois transtornos: um global e outro parcial. Ela concluiu que aqueles que pontuaram entre doze e vinte e três corresponderiam a um transtorno parcial, já aqueles que pontuaram entre vinte e quatro e quarenta portariam transtorno global.

Deve se diferenciar, ainda, transtornos de personalidade com os neuróticos. Ambos apresentam comportamento de rigidez. Entretanto, o segundo possui aversão ao risco em alto grau, isso porque possuem receio de causar prejuízo e culpam a si mesmos por insucessos. Diferente do primeiro, que tendem a culpar os outros por insucessos e desavenças.

Na realização de perícia cabe ressaltar que os periciados tendem a repetir seu padrão de funcionamento mental, ainda que de forma inconsciente. Quanto aos psicopatas, não se contesta a deficiência de empatia e incapacidade de resposta emocional, no que se destaca o fato de: (i) entenderem muito bem os fatos, mas não se importarem; (ii) processos emocionais tratam de uma segunda língua; e (iii) conhecerem as palavras, mas não a música. Ou seja, podem entender o que os outros sentem, do ponto de vista intelectual, dado que não há alteração alguma da realidade, mas são incapazes de sentir como pessoas não portadoras.

¹⁷⁴ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014 p. s76

Outro elemento útil são as entrevistas com familiares do periciando, pois pode revelar dados sobre a história da vida do examinado. A sociopatia, no âmbito das doenças mentais, são apenas 5% da etiologia da criminalidade, em contrapartida, representam 80% dos criminosos comprovados com antecedentes pessoais e familiares de psicopatia¹⁷⁵. Não se deve olvidar que

os portadores de TP anti-social tipicamente indivíduos manipuladores, eles podem tentar exercer um controle sobre sua própria fala durante a perícia, simular, dissimular, enfim, manipular suas respostas ao que lhe for perguntado. Os testes psicológicos dificultam tal manipulação e fornecem elementos diagnósticos complementares¹⁷⁶.

Judicialmente, essa defesa usada pelos assassinos em série, pleiteando medida de segurança. A consequência de tal decretação significa que surgirá, todo ano, a possibilidade de sua soltura desses, uma vez que a lei ordena que nesse caso se faça anualmente um exame de cessação de periculosidade. Mas os Assassinos em série possuem boa conversa, são convincentes, podendo convencer o perito que está recuperado e conseguir laudo favorável a sua soltura.

Entretanto, não nos cabe tecer uma pesquisa mais profunda em relação essa questão, visto que ela incide de maneira mais incisiva na questão processual. Portanto, quanto ao momento da investigação criminal uma ferramenta de grande valia é justamente o perfil criminal, que permite delimitar e, assim, facilitar a identificação daqueles homicidas seriais que ainda não foram identificados pela polícia.

9 O Perfil criminal

O perfil criminal é rabiscado pelas conclusões baseadas na cena do crime,

¹⁷⁵ NEWTON, 2005 apud. MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. Assassinos em série: uma análise legal e psicológica. *Pensar*, Fortaleza, v. 15. n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010. p 315.

¹⁷⁶ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014p. s77

reconstruindo o comportamento do homicida^{177 178}. É por meio desses dados que se rascunha um perfil psicológico, uma possível aparência física, uma possível profissão, entre outros, e todos esses dados se unem de modo a diminuir o número de suspeitos. Não há aqui um trabalho metafísico, mas um trabalho lógico e racional baseado em dados psicológicos e sociológicos¹⁷⁹.

É diferente daquilo que se chama de “traçar o perfil do criminoso”. Isso porque este último é realizado por um psicólogo, psiquiatra ou médico legista. Segundo Ronald M. Holmes¹⁸⁰, o perfil criminal é apropriado apenas em casos de infratores desconhecidos e que apresentam sinais de psicopatologia, ou em crimes violentos e ou rituais.

Ocorre que raramente um perfil criminal resolve um crime, apesar de ser peça que auxilia bastante durante a investigação. Fazer um perfil criminal e do ‘criminoso’ auxiliam na redução do número de suspeito, delimitando-o. No caso do *serial killer*, trata-se de trabalho difícil uma vez que a lógica desse homicida é muito particular¹⁸¹.

Nesse sentido, para se traçar um perfil objetivo deve se levar em conta dois fatores: o fato de que o homicida já viveu seu crime em suas fantasias por diversas vezes antes de executá-lo e o fato de seu comportamento exprimir um desejo, uma necessidade. Logo, pela observação da cena do crime, tenta se perceber os desejos e necessidades do assassino em série por meio de seu comportamento nela¹⁸².

Brent Turvey¹⁸³ foi responsável por criar um método chamado BEA, o *Behavioural Eidence Analysis* – ou Análise das Evidências de Comportamento

¹⁷⁷ Um dos casos mais conhecidos do uso do perfil criminal foi o de Adolf Hitler, o qual foi desenhado pelo Dr. Walter Langer, na Segunda Guerra Mundial, por pedido da CIA. A necessidade era justamente para tentar saber quais as ambições e quais atitudes se poderiam esperar dele ao fim da guerra. O impressionante foi que Langer revelou, justamente, que a saída de Hitler após a guerra seria o suicídio. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 44

¹⁷⁸ Esse método foi usado em vários *seriais killers*, como “Jack, o estripador”, em que Thomas Bond, médico legista, concluiu que a ponta do lençol a direita da cabeça da vítima estava muito cotada e daturada de sangue, o que indicaria que o rosto dela teria sido coberta na hora da morte. Ele sugeria que Jack era um quieto e inofensivo homem, provavelmente de meia-idade e muito bem vestido. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p.43-44.

¹⁷⁹ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 38 - 39

¹⁸⁰ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 42

¹⁸¹ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 42

¹⁸² CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 43

¹⁸³ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 39

–, que tem como base as evidências físicas de um crime específico, isso porque, muitas vezes, a única coisa com que o investigador pode contar é com a reconstrução do comportamento do transgressor. Em razão do seu direito constitucional de permanecer calado ou de não produzir prova contra si mesmo, o transgressor nem sempre conta realmente como aconteceram suas ações.

Na fase de julgamento, identificado o agressor de um crime conhecido, o perfil BEA ajuda a determinar o valor de uma determinada evidência para um caso em particular, auxilia o desenvolvimento de uma estratégia de entrevista ou interrogatório, de um *insight* dentro da mente do assassino, compreendendo suas fantasias e motivos, relaciona a cena do crime com o *modus operandi* e a “assinatura” comportamental.¹⁸⁴

Este método, diferente dos outros usados na ciência forense, se utiliza de estatísticas e se divide em quatro principais passos. Pela **análise forense questionável** uma evidência pode ter diversas interpretações e esse ponto elenca todos os significados.

Esta análise é feita com base em fotos/vídeos/esboços da cena do crime, relatórios de investigadores, registros das evidências, relatório de autópsia/vídeos/fotos, entrevistas com testemunhas e vizinhos, qualquer outra documentação e/ou entrevistas ou informação relevante, mapa do trajeto da vítima antes da morte e seu histórico¹⁸⁵.

Pela **Vitimologia** há uma profunda análise da vítima, até porque sua escolha como tal tem um fundamento e pode falar muito sobre o transgressor. O físico da vítima costuma ser a explicação mais importante, até porque em muitos casos há mudança do corpo da vítima de lugar e isso revelaria a condição física do agressor, ou que ele conduziu a vítima, seja porque a conhecia ou por se utilizar de certa encenação¹⁸⁶.

Quanto às **características da cena do crime** há uma indicação de fatores relevantes encontrados no local do delito e a comparação desse com outros crimes, além de reconstruir a forma com que o transgressor se aproxima da vítima. Por fim, o último passo é o das **características do transgressor**, que busca revelar o comportamento e a personalidade do transgressor, buscando seu retrato

¹⁸⁴ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 58.

¹⁸⁵ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 56

¹⁸⁶ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 56 - 57

de forma a comparar, inclusive, com outros suspeitos conhecidos¹⁸⁷. Algumas características são importantes: “*constituição física, sexo, tipo de trabalho e hábitos, remorso ou culpa, tipo de veículo utilizado, histórico criminal, nível de habilidade, agressividade, localização da moradia em relação ao crime, histórico médico, estado civil e raça*”¹⁸⁸.

Outro método é a Psicologia Investigativa, desenvolvido por David Canter e utilizado pela *Scotland Yard*. Segundo esse método,

Os transgressores conhecidos são estudados, as tipologias são definidas se um crime cometido por um desconhecido será comparado com este grupo. As características do novo criminoso serão definidas a partir de sua semelhança na comparação feita com o grupo de transgressores identificados¹⁸⁹.

Este método se baseia em cinco aspectos chamados de “fatores-modelo” e derivam da interação entre a vítima e seu agressor. O primeiro fator fala da (i) **coerência interpessoal**, o qual se refere ao quanto a atividade criminal do transgressor relaciona-se com sua vida pessoal¹⁹⁰. O segundo, da (ii) importância da hora e local, isso porque esse tipo de transgressor dificilmente comete crimes em locais que não lhes sejam familiares, além de que a hora pode indicar que o momento da morte se deu em seu tempo livre, quando não está trabalhando, por exemplo. O terceiro, das (iii) **características criminais**, utilizado para desenvolver subsistemas de classificação¹⁹¹. O quarto, da (iv) **carreira criminal**, trata da avaliação de reincidência do homicida em série no mesmo crime ou em outros crimes, isso porque a forma de transgredir não mudaria, apesar de poder se aumentar a violência ou se sofisticar na execução¹⁹². O quinto, da (v) **da avaliação – ou consciência – forense**, o qual observa o conhecimento do transgressor sobre as técnicas policiais e o procedimento de coleta de evidências¹⁹³; esse modo de agir,

¹⁸⁷ Isso porque, inclusive, a reincidência é comum na maior parte dos homicidas em série.

¹⁸⁸ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 57

¹⁸⁹ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 52

¹⁹⁰ Comumente, a vítima representa alguém no passado do *serial killer*. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 53.

¹⁹¹ Para o FBI, apenas se subdividem em Organizados e Desorganizados CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 53. Ilana Casoy nos traz outra classificação, que foi apresentada no tópico segundo do capítulo primeiro desta monografia.

¹⁹² Os primeiros crimes de um *serial killer* costumam deixar mais evidências que o primeiro. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 53.

¹⁹³ Alguns *serial killers* chegam a usar luvas, removerem algum fluido que possa ter sido usado, alguns chegam, inclusive, a limpar e banhar a vítima depois de um ataque sexual, por exem-

inclusive, revela que essa não é uma prática primária, mas que o transgressor pode ter cometido outros crimes e, com isso, a polícia pode pesquisar em seus arquivos aqueles transgressores já conhecidos¹⁹⁴.

Canter Também desenvolveu uma tese que foi apelidada de **Teoria circular**. Segundo ele haveriam dois tipos de transgressores, os “vagabundos” e os “viajantes diários”. O primeiro trata daqueles que saem de suas casas em um repente para cometer o crime, que normalmente se dão perto de suas casas. Diferente, pois, do segundo, o qual viajaria para longe de sua residência para poder cometer alguma atividade criminal. Ocorre que essas categorias apenas são verificáveis após prender o transgressor¹⁹⁵.

10 Considerações finais:

O homicídio em série é um evento relativamente raro, se estimando que são responsáveis por cerca de um por cento dos assassinatos nos Estados Unidos, por exemplo¹⁹⁶. Ocorre que os profissionais envolvidos com casos como esses, como investigadores, promotores e outros, podem ter uma limitada exposição acerca do assunto, o que resultaria em certos equívocos e estereótipos¹⁹⁷.

Existe muita polêmica em torno desse tema. Para uns, os homicidas seriais seriam pessoas, segundo a linguagem popular, “loucas”, isto é, são portadores de algum transtorno de personalidade¹⁹⁸. Em que pese haver este entendimento por parte de alguns profissionais da área, esses transgressores não são todos psicopatas¹⁹⁹, até porque apenas 86,5% desse número preenchem os critérios para a

plo. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 53-54.

¹⁹⁴ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 52-54

¹⁹⁵ CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p.p. 54

¹⁹⁶ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Serial murder*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/stats-services/publications/serial-murder/serial-murder-1#one>>. Acesso em: 07 ago. 2014

¹⁹⁷ FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Serial murder*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/stats-services/publications/serial-murder/serial-murder-1#one>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

¹⁹⁸ CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro; CAVALCANTI, Bernardo Moraes. Serial Killers e os crimes hediondos no Brasil: qual a sanção penal adequada?. In _____ (Org.). *O direito penal em debate: a eficácia do sistema criminal na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Clássica, 2014. p. 20-32.

¹⁹⁹ No Brasil, houve um estudo com condenados por homicídio detidos no estado do Rio de Janeiro, sendo empregado os critérios de Hare. Pela pesquisa, ainda que restrita a um estado

psicopatia²⁰⁰. Dessa forma, a conclusão de um conceito de portador de algum desses transtornos trata-se de um conceito prévio – precipitado – sobre esses infratores²⁰¹.

Há comentários prestados na imprensa que aparecem de forma inadequada, podendo perpetuar percepções equivocadas a respeito desse – e de outros – temas, prejudicando os esforços de investigação e da aplicação da lei. O FBI os denomina de “*Talking Heads*”, que são autoridades autoproclamadas que professam ter uma especialização em assassinatos em série, aparecendo frequentemente em meios de comunicação para especular o motivo dos assassinatos²⁰² e as características do possível infrator, sem estar a par dos fatos da investigação.

A growing trend that compounds the fallacies surrounding serial murder is the *talking heads* phenomenon. Given credibility by the media, these self-proclaimed authorities profess to have an expertise in serial murder. They appear frequently on television and in the print media and speculate on the motive for the murders and the characteristics of the possible offender, without being privy to the facts of the investigation. Unfortunately, inappropriate comments may perpetuate misperceptions concerning serial murder and impair law enforcement's investigative efforts.²⁰³

da federação, encontrou que 51,72% eram psicopatas. JOZEF, Flavio et al. Comportamento violento e disfunção cerebral: estudo de homicidas no Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 22, n. 3, p. 124-129, set. 2000.

²⁰⁰ MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v.28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014s74-s79.

²⁰¹ Há relativa raridade no número de assassinatos em série e informações anedóticas imprecisas, com representações fictícias dos transgressores que coincide na criação de mitos e equívocos sobre eles. FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Serial murder*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/stats-services/publications/serial-murder/serial-murder-1#one>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

²⁰² É um erro constante tentar se desvendar o motivo que um *serial killer* comete um crime, isso porque esse motivo somente faz sentido a ele mesmo CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro; CAVALCANTI, Bernardo Moraes. Serial Killers e os crimes hediondos no Brasil: qual a sanção penal adequada?. In _____ (Org.). *O direito penal em debate: a eficácia do sistema criminal na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Clássica, 2014. p. 20-32. p. 23). Algumas vezes, esses transgressores passaram por algum trauma de infância, possuíram algum problema familiar, foram vítimas de abusos ou até mesmo chegaram a ser abandonados pelos genitores. Ocorre que diversas pessoas passaram por esses mesmos conflitos, ou até piores, e nem por isso se tornaram homicidas em série.

²⁰³ Em uma tradução livre: A tendência crescente que agrava as falácias que cercam os assassinatos em série é o fenômeno *Talking Heads*. Dada credibilidade pela mídia, essas autoridades autoproclamadas professam ter uma especialização em assassinatos em série. Eles aparecem com frequência na televisão e na imprensa para especular sobre o motivo dos assassinatos e

Quanto a esse debate há um consenso, que homicida em série, quando são portadores de algum transtorno de personalidade, acaba por ligar áreas do conhecimento científico (Direito, Psiquiatria e até Biologia²⁰⁴). Assim, ao se falar nesses infratores, não há como se esquivar dessas áreas, de forma a buscar a melhor interpretação das provas de um crime, por exemplo.

A conexão entre áreas diferentes do conhecimento é, de fato, mais complexa e, por consequência, há uma fragilidade no tratamento desse tema. Desta feita, pouco se fala sobre esse tipo de assassinato no Brasil, sendo, inclusive, negligenciada a sua existência. Há pesquisadores que chegam a afirmar que muitos casos brasileiros chegaram a uma solução sem ter a mínima noção de que estavam lidando com homicidas seriais, ou que os casos que ainda estão sem solução permaneceriam assim por despreparo da força policial²⁰⁵.

Há, ainda, a sua repercussão na sociedade, nacional e internacional, dado que a descoberta dos crimes praticados pelos *serial killers* vêm crescendo ao longo dos anos. Trata-se de assunto que possui uma grande discussão no mundo acadêmico, desde sua conceituação à sua identificação.

Nos Estados Unidos e Inglaterra, onde há um estudo desse tipo de infrator bem mais elaborado e antigo que o nosso sistema²⁰⁶, tem-se um grande número de homicidas classificados como *serial killer*²⁰⁷. Entretanto, os próprios crimi-

as características do possível infrator, sem estar a par dos fatos da investigação. Infelizmente, comentários inadequados podem perpetuar percepções errôneas a respeito de assassinatos em série e prejudicar os esforços de investigação da aplicação da lei. FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Serial murder*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/stats-services/publications/serial-murder/serial-murder-1#one>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

²⁰⁴ Para o Dr. Christopher Patrick, quando psicopatas, uma porcentagem significativa dos *serial killers*, possuem mudanças cardíacas e de condução elétrica na pele como reação ao medo. Para o Dr. Paul Benhardt, a taxa de testosterona alta e os baixos níveis de serotonina, quando combinadas, podem levar à agressividade e comportamentos sádicos.

²⁰⁵ VELLASQUES, Camila. *Perfil criminal dos serial killer*. 2008. 81 f. Monografia (Graduação) – Faculdade Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/840/817&q=camila+viante+travesti&sa=X&ei=9NT9T9eWEofBhAe-dzqG4DQ&ved=0CBcQFjAB>>. Acesso em: 06 nov. 2015. p. 57

²⁰⁶ A polícia desses países possui alta tecnologia para obtenção de dados, de modo a conseguir uma enorme facilidade de comunicação e troca de informações entre polícias de todos os estados. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 37.

²⁰⁷ Em 2004, 75% dos *seriais killers* conhecidos eram norte-americanos, em seguida tínhamos assassinos britânicos, alemães e franceses, respectivamente. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 37. A ciência forense se especializou tanto nesse país que é subdividida em três ramos. O primeiro é a ciência forense geral, que abre a um conhecimento geral e superficial sobre as possibilidades dessa ciência. A segunda e a espe-

nologistas desses países, como o Professor David Wilson²⁰⁸, ainda afirmam que esses transgressores são responsáveis por muito mais crimes do que aqueles que aqueles que os levaram para a prisão²⁰⁹.

Referências

CARREIRA, Alessandra Fernandes. Algumas considerações sobre a fantasia em Freud e Lacan. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 20, n. 2, p.157-172, abr./jun. 2009.

CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro; CAVALCANTI, Bernardo Moraes. Serial Killers e os crimes hediondos no Brasil: qual a sanção penal adequada?. In _____ (Org.). *O direito penal em debate: a eficácia do sistema criminal na sociedade contemporânea*. Belo Horizonte: Clássica, 2014. p. 20-32.

CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004.

EÇA, Antônio José. *Roteiro de psiquiatria forense*. São Paulo: Saraiva. 2010.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Serial murder*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/stats-services/publications/serial-murder/serial-murder-1#one>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

FERES, Roberto Carlos et al. Avaliação psicológica de grupos de criminosos do sistema penitenciário do estado de São Paulo. *Revista USP*, São Paulo, n. 5, p. 153-164, mar./maio, 2002.

JOZEF, Flavio et al. Comportamento violento e disfunção cerebral: estudo de homicidas no Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 22, n. 3, p. 124-129, set. 2000.

KO, Michael. Ridgway gave no hint he was a killer, son said. *The Seattle Times*, Seattle, 23 dez. 2003. Disponível em: <<http://community.seattletimes.nwsources.com/archive/?-date=20031223&slug=ridgway23m>>. Acesso em: 14 out. 2014.

LUKACS, John. *O Hitler da história*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

cialista, que se concentra em um conhecimento específico – a exemplo de um serologista. E a terceira é a subespecialista se especifica em um conhecimento de subcategoria – a exemplo do expert em DNA ou em toxicologia, que faz parte da serologia e serve para detectar drogas e venenos no organismo humano. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 39-40

²⁰⁸ Professor de Criminologia da Universidade de Birmingham City, especializado no estudo de Serial Killers. BIRMINGHAM CITY UNIVERSITY. *David Wilson: professor of criminology*. Available in: <<http://www.bcu.ac.uk/research/-centres-of-excellence/centre-for-applied-criminology/people/david-wilson>>. Access: 19 nov. 2015.

²⁰⁹ Um estudo realizado na Inglaterra em 1997 revelou que o número de *seriais killers* estavam aumentando e eles eram proporcionalmente mais frequentes que nos EUA. CASOY, Ilana. *Serial killer: louco ou cruel?* 6. ed. São Paulo: Madras, 2004. p. 38)

MARTA, Taís Nader; MAZZONI, Henata Mariana de Oliveira. Assassinos em série: uma análise legal e psicológica. *Pensar*, Fortaleza, v. 15. n. 1, p. 303-322, jan./jun. 2010.

MARTINS, Karla Patrícia Holanda; OLIVEIRA, Débora Passos de. Fantasia e a transferência: articulações a partir do texto Gradiva de Jensen. *Arquivos brasileiros de psicologia*, Rio de Janeiro, v. 62, n. 3, p. 59-67, 2010.

MATOS, Evandro Gomes; MATOS, Thania Mello Gomes; MATOS, Gustavo Mello Gomes. A importância e as limitações do uso do DSM-IV na prática clínica. *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, p. 312-318, 2005.

MONTEIRO, Klaylian Marcela Santos Lima. Assassinos seriais e os efeitos da sideração no psiquismo e no laço social. *Revista latino-americana de psicopatologia fundamental*, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 743, set. 2014. Sup. 1 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rlpf/v17n3s1/1415-4714-rlpf-17-03-s1-00738.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2015.

MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Personality disorders, psychopathy and serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 28, p. s74-s79, 2006. suppl. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/en_04.pdf>. Acesso em: 2 maio 2014.

NEWTON, Michael. *A enciclopédia de serial killers*. Tradução de Ana Lúcia Mantovani Ferreira. 2. ed. São Paulo: Madras, 2008.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *CID-10*. Tradução do Centro Colaborador da OMS para Classificação de Doenças em Português. 10. ed. rev. São Paulo: USP, 2007.

PENTEADO, Conceição. *Psicopatologia forense: breve estudo sobre o alienado e a lei*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LOUZÃ NETO, Mario Rodrigo; CORDÁS, Taki Athanássios. *Transtornos da personalidade*. Porto Alegre: 2011.

VELLASQUES, Camila. *Perfil criminal dos serial killer*. 2008. 81 f. Monografia (Graduação) – Faculdade Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/840/817&q=camila+viante+travesti&sa=X&ei=9NT9T9eWEofBhAedzqG4DQ&ved=0CBcQFjAB>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

VERA, Jaime Alberto Etcheverry. El perfil psicológico de um asesino serial em la ciudad de Medellin. *Agora USB*, Medellin, v. 9, n. 2, p. 511-528, 2009.

VRONSKY, Peter. *Serial killers: The method and madness of monsters*. Nova York: Penguin, 2004.

WEATHERBY, Georgie Ann; BULLER, Danielle M.; MCGINNIS, Katelyn. The Buller-McGinnis model of serial homicidal behavior: an integrated approach. *Journal of Criminology and Criminal Justice Research and Education*, Virginia, v. 3, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.scientificjournals.org/journals2009/articles/1441.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

A vulnerabilidade no direito empresarial: a disparidade entre as partes nos contratos de franquia e shopping center e o CDC

Vulnerability in business law: *the disparity between the parties in franchising* *contracts and shopping center and the CDC*

Paulo Henrique Franco Palhares¹

Renata Lelis Rufino dos Santos²

Resumo

Este trabalho discorre sobre a (im)possibilidade de aplicação das regras trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor às relações interempresariais advindas de contratos firmados entre empresas, com análise dos contratos de franquia e de shopping center. Aborda-se o conceito da figura do consumidor como sujeito vulnerável ao qual o legislador atribuiu legislação especial para tutela de seus direitos e a impossibilidade de equiparação dos franqueados e locadores de shopping center aos consumidores. Para tanto aborda-se a sociedade empresária enquadrada como consumidora, desde que caracterizada sua condição de destinatária final de um produto ou serviço e ainda a caracterização da vulnerabilidade técnica, informacional, jurídica ou científica e fática, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que consagra a teoria finalista aprofundada. A insuficiência da legislação ordinária na tutela protetiva ao mais vulnerável das relações no âmbito da relação interempresarial leva à necessidade de buscá-la noutros ramos do direito, especialmente quando caracterizada no caso concreto, a abuso da parte mais forte em face da vulnerabilidade da outra. Defende-se o cuidado na aplicação dos conceitos próprios do CDC a fim de não se enfraquecer os instrumentos da legislação especial e o de se evitar o desvirtuamento das relações interempresariais. Faz-se a análise de dois contratos tipicamente empresariais, a franquia e o contrato de Shopping Center, que se caracterizam, via de regra, pela vulnerabilidade de uma das partes. Por fim, conclui-se que o reconhecimento da vulnerabilidade não deve levar à aplicação do CDC para esses contratos, face a impossibilidade de caracterização da parte vulnerável como consumidor, o que não impede a aplicação de institutos que buscam equilibrar as relações.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Destinatário final. Vulnerabilidade. Desvirtuamento da atividade empresarial. Abusividade. Franquia. Shopping center.

¹ Mestre em Direito das Relações Internacionais com ênfase em Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Professor de Direito Empresarial do UnICEUB.

² Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

1 Introdução

O presente estudo se propõe a estudar a nivelção material de poderes das partes nos contratos interempresariais, ainda que diante da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de franquia e de locação em shopping center. Faz-se a análise, atento ao possível desvirtuamento do conceito de atividade empresarial com o afastamento do risco empresarial em decorrência das aplicações indevidas das regras consumeristas, sem a necessária análise dos requisitos para configuração de uma relação de consumo.

Os contratos de franquia empresarial e o contrato de locação em shopping center foram escolhidos em razão de, na acentuada maioria, serem marcados pela superioridade contratual de uma das partes em decorrência direta da superioridade econômica, técnica,

Espera-se demonstrar, por outro lado, a suficiência principiológica do Código Civil quando caracterizada a prática de abusos pela parte materialmente superior em uma relação interempresarial. Para tanto argumenta-se que basta aplicar os princípios e os deveres contratuais gerais para a restituição do equilíbrio da relação, sem que seja necessário recorrer – equivocadamente – ao CDC, ainda se forem insuficientes os institutos previstos na legislação ordinária civil.

A impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de franquia e de shopping se reafirma, uma vez que não é possível equiparar os fraqueados ou os locatários a consumidor. Contudo, esses são marcadamente contratos de adesão, que em razão de sua forma, guardam uma certa característica de vulnerabilidade do sujeito que adere ao negócio.

Ao final, realiza-se a análise de contratos dos contratos de Franquia de Locação em Shopping Center, onde a disparidade entre os sujeitos é evidente. Analisa-se, ainda, a jurisprudência de forma verificar a sua adequação à melhor teoria civilista.

2 A Ordem econômica constitucional, a livre iniciativa e a proteção ao consumidor.

2.1 Objetivos e fundamentos da constituição

A estrutura de valores trazida na ordem constitucional de 1988 não deixa dúvidas sobre o tratamento destinado ao empresário como elemento fundamen-

tal à constituição da república. O art. 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece os objetivos da República Federativa do Brasil e em seu inciso IV prevê como *valores sociais* o trabalho e a livre iniciativa. Ao seu turno o art. 170 da Constituição estabelece como *fundamento* da Ordem Econômica a valorização do trabalho e da livre iniciativa. Assim, é inescapável a perspectiva de que a livre iniciativa é reconhecida como fundamento não só da Ordem Econômica mas com da própria república.

Dessa forma, a concepção constitucional sobre a livre iniciativa a reconhece não somente como expressão de liberdade titulada apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. É sob a perspectiva da livre iniciativa como um valor social que devem ser interpretadas as normas infraconstitucionais.

Verifica-se, assim, que a eficácia do projeto constitucional depende não só do estabelecimento de regras gerais, mas principalmente da percepção de que a Constituição traz fundamentos interpretativos da legislação ordinária. Assim, a livre iniciativa deve ser tida como valor social em acepção abrangente, incluindo todas as áreas da atividade empresarial.

Desta premissa é que parte toda a estrutura argumentativa na qual se baseia o presente trabalho.

2.2 O consumidor e a sua defesa

Inicialmente é importante destacar que a defesa do consumidor encontra embasamento constitucional, prevista no art. 5º, XXXII da CF³. Ainda, o já citado art. 170 da Constituição prevê em seu *caput* que a ordem econômica do mercado brasileiro será regida pela livre concorrência limitada, no entanto, pelos direitos do consumidor, conforme preconiza o inciso V do referido artigo. Frise-se que o comando constitucional é a defesa do consumidor, não somente de regulação das relações consumeristas. Pode-se afirmar, diante do imperativo constitucional, que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor tem raízes constitucionais.

³ **Artigo 5, XXXII** . Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

Trata-se, portanto, de um direito e de uma garantia individual, consubstanciada na proteção à um direito fundamental de natureza social e econômica. É um direito fundamental, fundado na promoção da dignidade da pessoa humana, que deve ser respeitado conforme as normas insculpidas na legislação infraconstitucional. A CF gera uma garantia institucional da existência e proteção do direito do consumidor que limita a autonomia da vontade do sujeito em posição de superioridade em face do vulnerável. Trata-se de um direito privado que se preocupa com sua função social, um direito privado solidário.⁴

Apesar do mandamento de proteção do consumidor, não há no texto constitucional o conceito de consumidor, tarefa relegada à legislação ordinária. Desta forma o conceito de consumidor firmou-se como norma na legislação infraconstitucional de forma a delimitar a aplicação das regras consumeristas.

Quanto ao conceito jurídico de consumidor, Claudia Lima Marques dispõe que se trata da figura de um sujeito civil ou leigo (consumidor) que se mostra frágil em face de um empresário ou profissional (fornecedor), sendo, portanto, o campo de aplicação relacional⁵.

Relacional, pois rege uma relação entre diferentes, buscando a proteção do vulnerável. Deve-se levar em conta que o fornecedor é um *expert* sobre o bem ou serviço que coloca no mercado, que dispõe sobre as informações do produto e tem neste produto ou serviço sua fonte de renda. Por outro lado o consumidor possui, presumidamente, um *déficit* informacional, são leigos, desinformados. Tais sujeitos, que formam uma coletividade, que são afetados por publicidade, que por vezes se mostram enganosas ou abusivas, que ficam a mercê de serviços financeiros complexos ou produtos transgênicos, sem contudo guardar qualquer expertise sobre tais serviços ou produtos.⁶

Dentro do próprio CDC são balizados os conceitos para a figura do consumidor: no artigo 2º o conceito de consumidor padrão; enquanto o parágrafo único do art. 2º, o art. 17 e o art. 29 trazem conceitos de consumidor por equiparação.⁷

⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 34.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 87.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 87.

⁷ **Artigo 2.** Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou

José Geraldo Brito Filomeno, quanto a disposição do *caput* art. 2º do CDC, dispôs que o consumidor é participante de uma relação de consumo que envolve ao menos duas partes bem definidas, quais sejam, o adquirente de um produto ou serviço (consumidor) e o fornecedor ou vendedor deste produto ou serviço. A referida relação tem como objeto a satisfação pessoal do consumidor que se arrisca a submeter-se ao poder e condições dos produtores a fim de que alcance a satisfação de uma necessidade privada.⁸ Tal situação de submissão aos poderes da contraparte é o cerne do conceito de vulnerabilidade.

Contudo, o conceito disposto no art. 2º da Lei 8.078/90 dispõe que o consumidor é o destinatário final, sendo aquele que retira o bem do mercado colocando um fim na cadeia de produção. Assim, não se enquadra como consumidor aquele que utiliza o bem para continuar a produzir ou em sua cadeia de serviço⁹, distinguindo-se o âmbito de aplicação do CDC daquele próprio das relações interempresariais. Este é ponto fundamental ao argumento principal do presente artigo.

Diante da leitura do *caput* do art. 2º do CDC o consumidor no ordenamento jurídico brasileiro não é definido somente como um leigo ou um não profissional que contrata ou se relaciona com um profissional para satisfazer fins familiares ou de suas necessidades de vida, mas, cumulativamente, como aquele que adquire ou utiliza um bem como destinatário final.

A definição de destinatário final é imprescindível para a correta delimitação do âmbito de aplicação do CDC. No entanto, o CDC não define claramente o conceito de destinatário final, o que dá azo ao surgimento de variadas teorias que buscam a melhor interpretação do termo “destinatário final”. Em estudo dedicado ao tema, Marcos Jorge Catalan e Pablo Malheiros da Cunha Frota identificaram oito teorias formuladas tanto pela doutrina como pela jurisprudência, para a conceituação de consumidor *stricto sensu*: a) mercados; b)

serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 32.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 71.

segmento econômico; c) insumo jurídico; d) fundo de comércio; e) maximalista ou objetiva; f) finalista ou subjetiva; g) finalista aprofundada; h) causa final.¹⁰ Porém, parte da doutrina se limita a discutir as 3 mais destacadas. São elas: Teoria Maximalista; Teoria Finalista Clássica; e Teoria Finalista Aprofundada.

Na teoria maximalista o consumidor, destinatário final, é aquele que retira o produto do mercado de consumo. Para os defensores desta teoria basta que a pessoa física ou jurídica retire o produto do mercado para ser considerada consumidor. Por sua vez, para na teoria finalista importará substancialmente se a aquisição do produto tem por fim uma atividade profissional. Assim, se uma empresa adquire um produto para ser utilizado como insumo para sua atividade, mesmo que não seja para revenda, não poderá ser considerado consumidor.

A teoria finalista aprofundada considera que se a aquisição de insumo se destina à atividade profissional, tanto de pessoa física quanto jurídica, a princípio está pessoa não será enquadrada na figura de consumidor. Porém, se for verificada a vulnerabilidade do adquirente do insumo, mesmo que adquira o produto para fins profissionais, ele deverá ser considerado como consumidor. Tudo gira em torno da existência da vulnerabilidade, isto é, na falta de expertise superlativa de uma parte em relação à outra.

Não se deve olvidar, porém, que a compreensão do *caput* do art. 2º deve ter sua interpretação restritiva em face das pessoas jurídicas que atuam no mercado. Deve-se verificar se a aquisição do produto ou serviço no âmbito da atividade da empresa reflete a vulnerabilidade da pessoa jurídica, que ainda que não seja vulnerável sob o aspecto econômico, pode se revelar vulnerável em face de não possuir conhecimentos técnicos ou por estarem sujeitas a manobras que caracterizam infração à ordem econômica.¹¹

Dentro desta perspectiva surge então a figura do consumidor por equiparação, prevista no art. 29 do CDC¹², que é aplicável à pessoa jurídica desde que

¹⁰ CATALAN, Marcos Jorge; MALHEIROS, Pablo Frota. A pessoa Jurídica como consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*: doutrina e jurisprudência, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 145-180, jan./mar. 2009.

¹¹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 58-59.

¹² **Artigo 29.** Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>.

comprovada a sua vulnerabilidade, caracterizada quando o contrato com o fornecedor encontra-se fora do âmbito de sua especialidade. O art. 29 ultrapassa os limites da definição jurídica, no que tange a harmonizar os interesses do mercado de consumo bem como reprimir abusos do poder econômico. Assim aqueles sujeitos que não são consumidores *stricto sensu* podem ser tutelados pelo CDC para combater práticas comerciais abusivas.¹³

Nesses casos, o STJ tem utilizado a concepção finalista do conceito de consumidor, aplicando às relações interempresarias as normas trazidas pelo CDC quando presente a vulnerabilidade, o que abrange pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, sendo que tais insumos não estão em sua área de expertise ou como uma utilização mista, desde que provada a vulnerabilidade. Ressalte-se que a vulnerabilidade se mostra como uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva que caracteriza a fragilidade de um sujeito de direitos o que causa o desequilíbrio nas relações de consumo.¹⁴

A vulnerabilidade, a fragilidade do consumidor em face do mercado, é o que justifica a existência do CDC. Assim para a correta aplicação das leis que tenham como objeto a defesa do consumidor é necessária a compreensão da vulnerabilidade.¹⁵

A vulnerabilidade do consumidor se dá em diferentes dimensões. São elas técnica, a jurídica, fática, e informacional, ambiental, e especial¹⁶. A vulnerabilidade técnica é condizente aos conhecimentos específicos sobre o objeto adquirido ou o serviço contratado, de forma que, não tendo esses conhecimentos, o consumidor é passível engano quanto às características do bem ou de sua utilidade.¹⁷

Acesso em: 20 nov. 2015.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 635.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 93.

¹⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 38.

¹⁶ CATALAN, Marcos Jorge; MALHEIROS, Pablo Frota. A pessoa Jurídica como consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*: doutrina e jurisprudência, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 145-180, jan./mar. 2009.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 94.

A vulnerabilidade jurídica ou científica é consubstanciada na ausência de conhecimentos jurídicos, contáveis e econômicos específicos. No que tange às pessoas físicas esta vulnerabilidade deve ser presumida. Já no que se refere às pessoas jurídicas não há presunção de tal vulnerabilidade, devendo ser demonstrada, posto que as pessoas jurídicas devem poder possuir conhecimentos jurídicos mínimos, além de possuírem condições para consultar profissionais especializados antes de assumir qualquer obrigação.¹⁸

Na vulnerabilidade fática o ponto de concentração é o parceiro contratual, que detém o monopólio sobre determinado bem ou serviço. O fornecedor possui um monopólio fático ou jurídico e é capaz de impor sua superioridade à coletividade que com ele contrata.¹⁹

Na vulnerabilidade informacional, um dos fatores que caracteriza o consumidor é seu *déficit* informacional, tornando-se vulneráveis muitas vezes não somente pela ausência de informação, mas pela forma que é transmitida. A informação passa a ser muitas vezes manipulada, controlada e às vezes até desnecessária. Não se deve deixar de considerar que o volume de informações e de publicidade indutiva do consumo coloca o consumidor em situação de vulnerabilidade.²⁰ A vulnerabilidade informativa é o maior fator de desequilíbrio nas relações de consumo, pois os fornecedores são os detentores das informações sobre o bem ou serviço, são os *experts* sobre o que comercializam. A presunção da vulnerabilidade informacional impõe ao detentor da informação, fornecedor, o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. O reconhecimento desta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, principalmente no que se refere às pessoas físicas.²¹

A preocupação com a vulnerabilidade informacional vem crescendo tendo em vista o *déficit* informacional da comunidade quando se refere a novas

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 96.

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 98.

²⁰ CATALAN, Marcos Jorge; MALHEIROS, Pablo Frota. A pessoa Jurídica como consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*: doutrina e jurisprudência, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 145-180, jan./mar. 2009.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 96.

tecnologias no diz respeito ao comércio eletrônico, a produtos perigosos, medicamentos, serviços e alimentos que atingem diretamente a saúde dos consumidores.

A vulnerabilidade ambiental diz respeito à exposição do consumidor a bens e serviços sobre os quais desconhece os danos ambientais.²² As informações sobre os impactos ambientais da prestação do serviço ou da disponibilização dos bens, via de regra, são monopolizadas pelo fornecedor, colocando o consumidor em franca desvantagem sobre suas opções de consumo.

Por fim, devemos reconhecer a vulnerabilidade especial, que se refere aos grupos de crianças, adolescentes, idosos e pessoas com saúde debilitada. As pessoas integrantes destes grupos são especialmente vulneráveis em razão da condição em que se encontram, devendo ser destinatárias de cuidado e atenção especial.²³

Para fins do presente estudo a delimitação das vulnerabilidade é importante para tornar mais precisa a análise de sua aplicação no direito empresarial, mais precisamente nas relações interempresariais.

3 Aplicação das normas do CDC aos contratos empresariais

Argumentou-se acima que as relações empresariais podem ser, a depender do caso concreto, regidas pelo Código de Defesas do Consumidor. Para a análise da possibilidade de aplicação do CDC aos contratos empresariais primeiramente é importante o enquadramento de um dos partícipes no conceito legal de consumidor. No próprio CDC, mais especificamente no supramencionado artigo 2º e seu parágrafo único²⁴, abrange-se também as pessoas jurídicas.

²² CATALAN, Marcos Jorge; MALHEIROS, Pablo Frota. A pessoa Jurídica como consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*: doutrina e jurisprudência, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 145-180, jan./mar. 2009.

²³ CATALAN, Marcos Jorge; MALHEIROS, Pablo Frota. A pessoa Jurídica como consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*: doutrina e jurisprudência, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 145-180, jan./mar. 2009.

²⁴ **Artigo 2.** Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>

Contudo, necessária se faz a análise do cabimento de tal regramento às pessoas jurídicas, especialmente quando exercem atividade mercantil, sob pena de aplicação indevida das regras especiais de defesa do consumidor e subversão da lógica aplicada ao direito empresarial. Deve-se levar em conta que os contratos no âmbito empresarial são regidos por disposições do Código Civil, que traz regras mínimas de conduta na busca da valorização da boa-fé e dos usos e costumes comerciais.

Por outro lado, para o caso de aplicação das normas do CDC, ainda que insuficientes as normas gerais, devem estar presentes os requisitos para a configuração de uma relação de consumo, consubstanciada principalmente na presença da vulnerabilidade e na caracterização de destinatário final.

3.1 Da Interpretação dos contratos

Como todo ato jurídico, os contratos, enquanto exteriorização da vontade das partes são passíveis de interpretação. Não obstante, a interpretação dos contratos ganha importância quando surgem conflitos intersubjetivos, cabendo ao intérprete buscar a composição, desvendando a causa, o motivo e o fim daquele contrato.²⁵ A função da interpretação do contrato é a determinação dos efeitos jurídicos que visa formar e produzir.²⁶ A interpretação do contrato está sempre ligada à principiologia contratual.

Assim, deve-se ter como base os valores trazidos pela CF, como a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, além da proteção dos direitos fundamentais.²⁷ A Ordem Econômica Constitucional, insculpida no art. 170 é reflexo direto dos artigos 1º e 3º da Constituição. Atendendo ao mandamento constitucional, o CC traz algumas regras, como a do art. 112, o art. 114, art. 421, art. 422 e art. 423²⁸ como balizas interpretativas .

Ocorre que as regras trazidas pela legislação não são suficientes para o

ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

²⁵ FIUZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²⁶ RODRIGUES, Ricardo Araújo de Deus. Dos contratos: interpretação. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 1, n. 2, ago. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2023> Acesso em: 12 fev. 2014.

²⁷ FIUZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

²⁸ FIUZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

deslinde de conflitos. De forma que cabe ao interprete a busca por subsídios na principiologia interpretação ante o caso concreto.

Ressalte-se que a interpretação de contratos empresariais possui peculiaridades em face dos contratos cíveis em geral. Peculiaridades que são inerentes a eles e que levam em conta o impacto que tais contratos exercem na dinâmica do mercado, influenciando-a e sendo influenciados a um só tempo.

Nos contratos empresariais deve-se utilizar parâmetros como a busca pelo lucro, função econômica e social, o custo de transação, valorização dos usos e costumes, racionalidade limitada, segurança jurídica e por certa previsibilidade, valoração do *pacta sunt servanda*. É a necessária observação cautelosa da força obrigatória do contrato para o funcionamento do mercado, além da atenção à boa-fé objetiva, à concorrência no mercado, cosmopolitismo, risco da atividade econômica. Deve-se ter em mente ainda que as relações empresariais são regidas pelo Código Civil. As regras nele contidas regem tanto os contratos cíveis quanto os contratos empresariais.

Nos contratos empresariais não é possível deduzir aprioristicamente a assimetria contratual, como acontece nas relações de consumo. São partes que, em regra, se encontram em igualdade, de forma que deve prevalecer a autonomia da vontade das partes e a força obrigatória das avenças. Há um sem número de decisões neste sentido no judiciário brasileiro, que reafirmam, em termos gerais, que “[c]ontratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.”²⁹

Destaca-se que os princípios da boa-fé e obrigatoriedade devem ser aplicados aos contratos entre empresas. Deve-se ainda observar o ambiente negocial, pautado pelo informalismo e a busca pela segurança jurídica. No campo do direito contratual empresarial, a proteção da boa-fé é elemento de estruturação dos mercados informais, fator que reduz dos custos de transação. Percebe-se que a boa-fé vai além de sua função moral, pois permite a objetivação da conduta esperada pelos sujeitos e a consequente diminuição no risco³⁰ e redução dos custos de transação.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 936.741/GO. Quarta Turma. Recorrente: Cargill Agrícola S/A. Recorrido: Darci Luiz da Silva. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 03 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612065/recurso-especial-resp-936741-go-2007-0065852-6-stj/inteiro-teor-21612066>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

³⁰ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 240.

Quando da interpretação dos contratos entre empresas é necessário ter observar a importância da objetivação das relações mercantis, pois, por meio dela, é possibilitado aos contratantes o cálculo de risco da negociação. Ela protege a legítima expectativa das partes, garante a gestão de uma economia capitalista e as regras para o bom funcionamento do mercado.³¹

Tal posição foi objeto do enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Comercial, realizada pelo Conselho da Justiça Federal que dispôs que “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações empresariais.”³² É justamente a *naturalidade* dessa simetria nas relações empresarias que se pretende por em debate com o presente estudo.

Tal questionamento se faz, principalmente, em razão do regramento aplicável também aos contratos empresariais, especialmente o disposto nos artigos 112³³, 113³⁴, 114³⁵, 421³⁶, 422³⁷, 423³⁸ e 424³⁹ todos do Código Civil. Pela redação dos re-

³¹ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 229.

³² JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1., 2012. I Jornada de Direito Comercial. Brasília. Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

³³ **Artigo 112.** Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

³⁴ **Artigo 113.** Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

³⁵ **Artigo 114.** Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

³⁶ **Artigo 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

³⁷ **Artigo 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

³⁸ **Artigo 423.** Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

³⁹ **Artigo 424.** Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

feridos dispositivos é possível aduzir a importância da intenção das partes em suas declarações, a interpretação conforme a boa-fé e os usos e costumes, a restrição na interpretação da renúncia, a limitação da liberdade de contratar pela função social dos contratos, a interpretação em favor do aderente e a proibição de cláusulas que prevê a renúncia de direito decorrente da natureza do próprio negócio.⁴⁰

Assim, o que se visa questionar é que, em atenção aos princípios e deveres gerais dos contratos, em determinadas situações há que se reconhecer a assimetria entre as relações interempresariais. Tomam-se os contratos de franquia e de shopping center, que apesar de serem contratos essencialmente empresariais, é possível reconhecer a vulnerabilidade de uma das partes. Para tanto, passar-se-á à análise, de forma a demonstrar e nem sempre pode se falar em simetria contratual nas relações empresariais.

4 Dos contratos de franquia e shopping center

Não há qualquer autor de renome que entenda o Código de Defesa do Consumidor se aplica ilimitadamente a tais contratos, uma vez que são notadamente contratos interempresariais. Contudo nada impede que, no momento da interpretação deste contratos, se reconheça a existência da vulnerabilidade. O que se pretende demonstrar é que, quando patente a existência de assimetria, caracterizada pela vulnerabilidade de umas das partes, cabe ao intérprete a busca pelo reequilíbrio, com eventual afastamento de cláusulas manifestamente abusivas.

Um ponto importante a ser é no sentido de que a flexibilização do conceito de consumidor resultaria na mitigação do risco da atividade empresarial resultando no desvirtuamento das relações econômicas entre empresas. Para uma análise mais adequada, passa-se à análise do contrato de franquia e a análise do contrato de shopping.

4.1 Do contrato de franquia

A franquia é um contrato complexo, pois compõe-se por uma série elementos de outros contratos, como o de prestação de serviço, de distribuição de

⁴⁰ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contrato empresariais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 235.

produtos, compra e venda, comodato, licença de utilização da marca, prestação de serviço de organização e métodos de venda.⁴¹

Nele há o desenvolvimento de um sistema de distribuição de bens ou serviços. É um contrato que tem como característica a transferência ao franqueado do direito de uso da marca, serviço ou produto do franqueador, que lhe deve prestar assistência técnica para a implantação do negócio e a comercialização dos bens e serviços em troca de uma remuneração.⁴²

O contrato de franquia é regulamentado pela Lei 8.955/1994, que define o contrato, em seu art. 2, como aquele em que o franqueador transfere ao franqueado os direitos de uso referentes à marca ou patente, o direito de distribuição de um produto ou serviço, e, se estipulado em contrato, o direito de uso de tecnologia de implantação e administração da franquia ou sistema operacional. A operação é realizada mediante o pagamento de remuneração ao franqueador e não gera qualquer relação trabalhista entre os sujeitos envolvidos. Ainda tal contrato se caracteriza pela independência, econômica e jurídica do franqueado em relação ao franqueador.⁴³ Contudo, a lei não trata dos termos do contrato, mas se dedica quase exclusivamente a disciplinar os aspectos pré-contratuais de forma a proteger o candidato a franqueado.

A lei dispõe que é uma obrigação do franqueador o fornecimento da Circular de Oferta de Franquia (COF) àquele que pretende se tornar franqueado. Tal requisito é previsto no art. 3º da referida Lei, e traz extenso rol de informações que devem ser disponibilizadas ao candidato a franqueado. A COF procura dar proteção, principalmente através da informação, ao interessado em aderir ao contrato de franquia. Assim, a lei da franquia se aproxima dos dizeres do CDC, art. 6, III quando se refere à qualidade das informações prestadas. Para assegurar o acesso às informações, a COF deve ser apresentada por escrito, em linguagem clara e acessível.

Outro instrumento de proteção ao candidato a franqueado é o prazo mínimo de entrega da COF. A circular de oferta de franquia deve ser fornecida aos interessados como meio de estudo das vantagens e desvantagens de aderir ao negócio. Para garantir tal análise a COF deve ser entregue ao interessado no prazo

⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1406.

⁴² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1404.

⁴³ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1407.

mínimo de 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou do pré-contrato ou qualquer outra medida que importe na vinculação do interessado ao contrato de franquia. O não atendimento a tal medida acarreta na anulabilidade do contrato de franquia com a necessária devolução dos valores e *royalties* já recebidos pelo franqueador sem prejuízo de busca de indenização por perdas e danos.⁴⁴

Tal instrumento visa minimizar a assimetria informacional entre as partes, tanto que há exigência de que o texto da circular de oferta de franquia seja promovido em linguagem clara e acessível, uma vez que a parte que pretende aderir ao negócio, não será necessariamente conhecedor de linguagem própria aos profissionais de direito ou empresariais. Assim, sua decisão não poderá estar pautada em termos de interpretação dúbia ou mesmo de interpretação impossível sem intervenção de profissional especializado.

A Lei das Franquias trata quase que exclusivamente das exigências da COF e não estabelece especificamente qualquer cláusula ou limitações contratuais, de forma a abranger todos os tipos de franquia.. Entre os tipos de franquia Arnaldo Rizzardo destaca a de distribuição de produtos, a de licença de fabricação e a de uso do título do estabelecimento para prestação de serviços.⁴⁵

A franquia se mostra como vantagem para o franqueador na medida em que há à expansão se sua marca sem o dispêndio necessário para empreender a atividade.⁴⁶ Trata-se de uma possibilidade de expansão dos negócios sem se assumir os custos ou os riscos diretos dessa expansão.

Ressalte-se que quanto mais abrangente o contrato de franquia se traduz, com maior quantidade de contratos envolvidos e maior detalhamento, maior a possibilidade de sucesso do franqueado ao passo que sua autonomia empresarial fica mais restrita, o que não impede o franqueador em ter uma postura proativa, ainda que limitada pelo próprio contrato.⁴⁷

Nos contratos de franquias se preza a cooperação entre o franqueado e o

⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1409.

⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1406.

⁴⁶ ALBUQUERQUE, Bruno Caraciolo Ferreira. *Notas sobre o contrato de franquia na legislação brasileira*. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_11_1_1855_11879.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁴⁷ ALBUQUERQUE, Bruno Caraciolo Ferreira. *Notas sobre o contrato de franquia na legislação brasileira*. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_11_1_1855_11879.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2014.

franqueador, o que não afasta possíveis conflitos. Tais conflitos decorrem principalmente da falta de alinhamento das expectativas das partes, o que pode ser ligar à baixa rentabilidade do negócio, à baixa autonomia do franqueado ou à confusão de responsabilidade das partes, quando não resta clara no instrumento de contrato. Por outro lado, a experiência adquirida pelo franqueado no curso da execução do contrato, que se torna um empresário mais seguro, pode levá-lo a tomar decisões sem consultar o franqueador. Tais ações independentes podem gerar algum dano à imagem e reputação da franquia.⁴⁸

O contrato de franquia, assim, deve ser visto como um contrato de colaboração entre os empresários envolvidos que devem aventar esforços a fim de aperfeiçoar o negócio de modo que seja possível o alcance do sucesso.⁴⁹ Assim, devem o franqueador e o franqueado despender esforços no sentido de colaboração para empreendimento da franquia objeto do contrato, fomentando a atividade empresarial inerente ao contrato por eles firmado.

4.1.2 Da impossibilidade de aplicação do CDC aos contratos de franquia

O contrato de franquia, em sua essência, é um contrato interempresarial de adesão no qual o franqueador apresenta as condições gerais ao interessado em se tornar franqueado. O interessado deve aderir não só ao contrato, mas como a todo modelo de negócio proposto pelo franqueador. Há, assim, uma flagrante disparidade entre as partes, uma vez que o franqueador que é quem detém todo o conhecimento técnico e operacional do negócio objeto da franquia. Neste sentido, pode-se afirmar que o candidato a franqueado está em situação de vulnerabilidade, uma vez que, em regra, não detém a mesma envergadura econômica tampouco tem as informações técnicas sobre o negócio e sobre o mercado que vai atuar.

Trata-se portanto de um contrato de adesão no qual a vulnerabilidade se

⁴⁸ VANCE, Patricia de Salles; FÁVERO, Luiz Paulo Lopes; LUPPE, Marcos Roberto. Franquia empresarial: um estudo das características do relacionamento entre franqueadores e franqueados no Brasil. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 43, n. 1, p. 59-71, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rausp/article/download/44467/48087>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

⁴⁹ ALBUQUERQUE, Bruno Caraciolo Ferreira. *Notas sobre o contrato de franquia na legislação brasileira*. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_11_1_1855_11879.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2014.

mostra presente, exigindo que, no caso concreto, tal condição seja levada em consideração. É certo que a Lei de Franquias - Lei 8.955 de 1994 - dispõe quanto à possibilidade de anulação do negócio em face do descumprimento de entrega no prazo previsto da circulação de oferta de franquia e quanto à veiculação de informações falsas.

Assim, a lei procura tutelar o franqueado diante de possíveis inverdades constantes na COF ou da inobservância do prazo mínimo para sua análise. Ocorre que a referida lei não trata das eventuais abusividades nos contratos de franquia, ficando adstrito ao disposto de forma genérica no Código Civil. Assim, os instrumentos de resolução devem ser aqueles já mencionados, quais sejam, a boa-fé objetiva, a função social do contrato, o instituto da lesão, a resolução por onerosidade excessiva, e o abuso de direito. É certo que, em matéria de abusividade, o CDC é mais amplo que o CC. No entanto, para sua aplicação é necessária à caracterização de uma relação de consumo.

Conforme já aventado, nas relações entre empresas, tanto para a doutrina como para jurisprudência do STJ, é necessário, para a caracterização da relação consumerista, ter-se o sujeito como destinatário final do produto ou serviço, cumulado com a vulnerabilidade de uma parte em relação à outra. Significa dizer que a empresa consumidora não deve ser experta no ramo de atividade. Aqui reside a sutileza do contrato de franquia, pois, através dele é que franqueado adquire experiência no ramo de negócio. No transcorrer do tempo o franqueado torna-se menos alheio às informações de mercado e modo de atuação estatal. No momento da assinatura do contrato tais informações praticamente exclusivas do franqueador, que tem ainda maior envergadura econômica, e, por conseguinte, é capaz de impor sua vontade.

Isto porque, especificamente o contrato de franquia, há subordinação empresarial, no entanto, não há caracterização de destinatário final, posto que o franqueado adquire bens e serviços se são o objeto de sua atuação empresarial.⁵⁰ Em outras palavras, pode-se dizer que o objeto principal do contrato de franquia é o núcleo da atividade empresarial desenvolvida pelo franqueado.

O franqueado, desta forma, não pode ser caracterizado como destinatá-

⁵⁰ ALBUQUERQUE, Bruno Caraciolo Ferreira. *Notas sobre o contrato de franquia na legislação brasileira*. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_11_1_1855_11879.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2014.

rio final face ao franqueador. Trata-se de uma ação conjunta entre sujeitos que visam atrair o consumidor e a ampliação de um fundo de comércio. O objeto do contrato é a passagem da franquia do titular para o mercado de consumo, utilizando a rede de franqueados, que, são substitutos daquele junto ao mercado, o que não caracteriza uma relação de consumo passível de ser regida pelo CDC⁵¹. Deve-se observar, porém, que também nas relações tuteladas pelo CC, parte-se do pressuposto de que a liberdade de contratar tem limite na função social do contrato e na interpretação mais favorável ao aderente ante cláusulas ambíguas e contraditórias.

Com efeito, Carlos Alberto Menezes Direito aduz que com a identificação da vulnerabilidade é possível enlaçar o CDC com a teoria moderna dos contratos, que dá maior importância à boa-fé a destinação social do contrato. Ou seja, os *princípios* consagrados pelo CDC são observados pelo Código Civil, ainda que de uma forma mais mitigada, de forma que a norma geral traz normas que tutelam o necessário equilíbrio contratual nas relações.⁵²

O que se endossa é a postura de que tanto no CC quanto no CDC o que é buscada é a garantia da igualdade na contratação e, por consequência, o equilíbrio das partes na relação contratual. Reafirma-se que para a interpretação dos contratos não é necessária a tutela do Código de Defesa do Consumidor para proteger o equilíbrio das relações, porquanto o Código Civil é suficiente.⁵³

Importante observar que é flagrante a vulnerabilidade do franqueado na relação, pois não cabe a ele discutir o conteúdo adstrito ao contrato ou as informações recebidas. É possível afirmar que há vulnerabilidade econômica, jurídica e informacional que se consubstancia pela incapacidade do sujeito de verificação e reconhecimento de eventual abusividade praticada. O candidato a franqueado, caso tenha interesse em trabalhar com determinada franquia, deve aceitar as

⁵¹ ALBUQUERQUE, Bruno Caraciolo Ferreira. *Notas sobre o contrato de franquia na legislação brasileira*. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_11_1_1855_11879.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2014.

⁵² DIREITO, Carlos Alberto Menezes. As relações entre o franqueador e o franqueado e o código de defesa do consumidor. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 18, n. 1, p. 11-23, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/////index.php/informativo/article/view/445/403>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

⁵³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. As relações entre o franqueador e o franqueado e o código de defesa do consumidor. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 18, n. 1, p. 11-23, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/////index.php/informativo/article/view/445/403>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

imposições do franqueador. O mesmo ocorre no cotidiano da relação. É em face de tal desequilíbrio que se faz necessária a proteção jurídica do vulnerável.

Há quem defenda que, em face da vulnerabilidade o franqueado, em teoria, poderia ser tutelado pelo CDC tendo em vista a figura do consumidor como sujeito vulnerável. O que se pretende é considerar as regras trazidas pelo CDC em seu art. 51 como instrumentos protetivos do franqueado, posto que há a identificação da vulnerabilidade, havendo um peso menor ao requisito de configuração de destinatário final. Contudo, não se compartilha dessa posição, não apenas sob o argumento que o contrato de franquia é tutelado por legislação especial⁵⁴, mas principalmente em razão da natureza da relação, inescapavelmente empresarial.

Na mesma linha, a posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça⁵⁵ não considera ser possível a aplicação do CDC aos contratos de franquia por

⁵⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. As relações entre o franqueador e o franqueado e o código de defesa do consumidor. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 18, n. 1, p. 11-23, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/////index.php/informativo/article/view/445/403>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

⁵⁵ AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - SÚMULA N. 284 DO STF - CONTRATO DE FRANQUIA - AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CONSUMERISTA - FORO DE ELEIÇÃO - POSSIBILIDADE - INVERSÃO DO JULGADO - SÚMULAS NS. 5 E 7 DO STJ - RECURSO DA RECORRENTE NÃO-PROVIDO. 1. Negativa de prestação jurisdicional. Observa-se que a parte recorrente alegou genericamente que o acórdão vergastado o teria afrontado, sem contudo demonstrar de forma clara como o decisum teria incorrido em omissão, contradição ou obscuridade. Dessarte incide na hipótese, por analogia, a Súmula n. 284 do STF. 2. "O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n. 8.078/1990, eis que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais." (REsp 632958/AL, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 29/03/2010) 3. Ademais, "a só e só condição de a eleição do foro ter se dado em contrato não acarreta a nulidade dessa cláusula, sendo imprescindível a constatação de cerceamento de defesa e de hipossuficiência do aderente para sua inaplicação." (REsp 545575/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2003, DJ 28/10/2003, p. 295) 4. Desse modo, para acolhimento do apelo extremo, seria imprescindível derruir as afirmações contidas no decisum atacado, o que, forçosamente, ensejaria a análise de cláusulas contratuais e rediscussão de matéria fática, incidindo, na espécie, os óbices das Súmulas ns. 5 e 7 deste Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual é manifesto o descabimento do recurso especial. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. *AgRg no Resp 1336491/SP*. Quarta Turma. Agravante: Marcela Fabrícia Bertasse. Agravado: Argel Cosméticos Ltda. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 27 de novembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1198079&num_registro=201201591735&data=20121213&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2015.

serem um contrato de cunho iminentemente interempresarial. Como já delinea-se, entende o Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade de aplicação do CDC ao argumento que no contrato de franquia o franqueado não é consumidor de produtos ou serviço e sim aquele que comercializa frente aos consumidores, estes sim destinatários finais dos produtos ou serviços.

A referida corte entende que, ainda que caracterizada a vulnerabilidade técnica, científica, informacional do franqueado em face do franqueador, não se pode aplicar a legislação referente às relações de consumo. Para o STJ, o franqueado não é destinatário final do produto ou serviço, porquanto desempenha atividade comercial desde bens e serviços. Em face de sua não caracterização como consumidor, mas como partícipe no fornecimento dos produtos e serviços, não é possível à aplicação do CDC.

No entendimento da corte superior, o contrato de franquia é regido por Lei Especial com regência ainda das regras trazidas pelo CC. Com a identificação da vulnerabilidade do franqueado é possível sua proteção pelas regras trazidas pelo CC que traz uma visão social prevendo a aplicação de institutos previstos também no CDC como a boa-fé objetiva, a busca pelo equilíbrio contratual, a função social do contrato, e a prevenção de abusos.

Tal posicionamento confere aos contratos de *franchising*, quando presente abusos do franqueador, o necessário equilíbrio da relação.

O que se conclui é que, embora a Lei das Franquias não delimite o conteúdo do contrato de franquia, se restringindo ao regramento da COF, pode-se valer a utilização dos princípios e deveres gerais do direito civil, que sempre devem servir como parâmetros para interpretação dos contratos interempresariais. O fato de não ser configurada uma relação de consumo não impede que a busca pelo reequilíbrio contratual.

A tentativa de naturalizar uma suposta simetria das relações empresariais não passa pelo crivo da empiria. Assim, é dever do intérprete verificar as assimetrias entre os contratantes e, sempre que verificada abusividade, deve, em observância à boa-fé objetiva, buscar reequilibrar as forças.

4.2 Do contrato de shopping center

O shopping Center é um contrato atípico de natureza empresarial substanciada em um centro comercial planejado, que se compõe por um con-

junto de lojas que exploram ramos diversos dentro do comércio. É um contrato complexo que envolve, além das locações das lojas, a implantação de serviços como segurança, fiscalização, conservação, manutenção, publicidade, o que são atribuições do administrador do shopping.

Pode se conceituar o shopping como a união de um grupo de estabelecimentos dentro de um mesmo espaço planejado, sendo essa a marca que o diferencia dos demais centros de comércio. Para tal caracterização o espaço deve ser administrado como uma unidade operacional, planejando-se a instalação do chamado *mix* de lojas dentro do empreendimento.⁵⁶ Trata-se de um local onde há a valorização do consumo, fundado na exploração comercial dos lojistas que, por sua vez, possuem como objetivo o lucro. É composto por várias lojas, desde as maiores às de menor dimensão, aquelas denominadas lojas âncoras e estas lojas satélites.⁵⁷ Essas lojas aproveitam-se da sinergia criada pelo shopping center, de modo que os consumidores podem em um só lugar, adquirir diferentes modalidades de produtos ou serviços.

Os shoppings representam ainda uma coligação de contratos firmados pelos lojistas como o empreendedor, que tem como objetivo o surgimento e funcionamento da empresa de conjunto, que tem como causa supracontratual o conjunto dos contratos bilaterais formados junto aos lojistas.⁵⁸ Assim, pode-se afirmar que é o conjunto dos contratos bilaterais entre os lojistas e o empreendedor que constitui o shopping center. É um meio para a integração dos lojistas representando uma empresa de conjunto e não apenas a soma das atividades empresariais de cada lojista.⁵⁹

Para o bom funcionamento das atividades empresariais dentro do shopping é

⁵⁶ VIDIGAL, Paula Mascarenhas Mourão. *Alguns aspectos jurídicos do contrato de locação em Shopping Center*. 2006. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2006. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/paulamascarenhasmouraoalgunsaspectosjuridicosdocontrato.pdf>> Acesso em: 04 abr. 2014.

⁵⁷ VIDIGAL, Paula Mascarenhas Mourão. *Alguns aspectos jurídicos do contrato de locação em Shopping Center*. 2006. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2006. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/paulamascarenhasmouraoalgunsaspectosjuridicosdocontrato.pdf>> Acesso em: 04 abr. 2014.

⁵⁸ BARCELOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 91.

⁵⁹ BARCELOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 91.

necessário traçar diretrizes, normas gerais, estabelecendo o objetivo comum e as regras de conduta dos lojistas e do empreendedor. Em regra é instituída uma associação dos lojistas cuja missão é possibilitar a integração entre as empresas, além de zelar pelos interesses comuns das partes envolvidas.⁶⁰

Deve-se ainda registrar que a criação de um shopping e a rede de contratos firmados entre os lojistas e o empreendedor gera consequências jurídicas multifacetadas. Entre tais consequências surge uma obrigação sistemática das partes integrantes da rede para o bom funcionamento do shopping que é prevista na escritura de normas gerais. Tais regras de conduta atingem tanto os lojistas quanto o empreendedor, que deve levar em consideração em suas deliberações o equilíbrio econômico do contrato aplicável à rede tendo em vista que o shopping é objeto de uma integração empresarial que busca o aumento do público e o consequente aumento dos lucros.⁶¹ A manutenção deste equilíbrio é ponto fulcral de manifestação da boa-fé.

Outra consequência é a propagação dos efeitos de cada um dos contratos na rede. A causa e o efeito supracontratual oriunda dos contratos bilaterais é a criação, manutenção e sucesso da empresa de conjunto. O alcance do sucesso do empreendimento se deve à aderência de um número mínimo de lojistas, do adequado equilíbrio econômico decorrente do mix projetado pelo empreendedor, a presença de lojas âncoras, o que tem o condão de levar o consumidor ao espaço.⁶²

Por estes motivos o contrato do lojista com o empreendedor não deve ser visto de forma isolada, mas da perspectiva da coletividade, dentro do mix adequado. Tanto é assim que as lojas satélites levam em consideração a presença de lojas âncoras quando aderem ao negócio. Assim dentro da empresa conjunta as deliberações, as rescisões, os novos contratos firmados geram efeitos além das partes diretamente envolvidas, atingindo toda a coletividade de lojistas.⁶³ Satélites são aquelas lojas que nem menor capacidade de atração e menor capacidade econômica. Já as lojas âncoras são aquelas que figuram como polos de atração do shopping, como as grandes redes de departamento, cinemas, livrarias de grande porte, entre outros.

⁶⁰ BARCELOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 91.

⁶¹ BARCELOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 92.

⁶² BARCELOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 95.

⁶³ BARCELOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 95.

Assim, os lojistas devem ser qualificados dentro da rede. Como já suscitado, os contratos não devem ser vistos somente adstritos a eles mesmos, mas deve-se levar em consideração o negócio global que eles compõem. O que buscam os lojistas e o empreendedor é a integração dos estabelecimentos que cria o efeito conjunto que supera a soma das lojas em decorrência do aumento do público e do faturamento das empresas participantes do sistema.⁶⁴

O contrato de shopping é caracterizado como contrato atípico, interempresarial, promovidos entre os lojistas e o empreendedor, ambos empresários.⁶⁵ Embora tenha previsão legal na Lei do Inquilinato – Lei 8245 de 1991 - a locação em shopping não pode ser vista como um contrato de locação ordinário, ainda que denominado desta forma. A lei de locações rege somente as questões procedimentais, que devem se ater as disposições sobre ações de despejo, de consignação de aluguel, de revisão de aluguel e renovatória. Quanto aos demais pontos a legislação definiu que nos contratos entre empreendedor e lojista prevalecem as condições por eles livremente pactuadas.⁶⁶

Trata-se de uma homenagem à liberdade de contratar, que permite que cada empreendimento se estruture conforme melhor entenderem as partes. Trata-se, portanto de modelo de negócio que permite que cada manifestação contratual tenha características e regramento próprio, fundados principalmente nos usos e costumes, que destoam das características e regramento da locação comercial comum.⁶⁷

É comum que tal contrato, como figura atípica, englobe o contrato de cessão de direito de uso, denominado *res sperata*, que visa a garantia de reserva do espaço comercial dentro do empreendimento ao lojista com a respectiva contraprestação de remuneração ao empreendedor pela formação do fundo de comércio.⁶⁸

O décimo terceiro aluguel também é disposição contratual comum aos contratos de locação em shopping, que não figura nos demais contratos de aluguel comercial. Tal

⁶⁴ BARCELOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 96.

⁶⁵ BARCELOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 116.

⁶⁶ BARCELOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 107.

⁶⁷ NEGRÃO, Ricardo; QUARTUCCI, Daniela Grassi. Cláusulas específicas e polêmicas dos contratos de locação em shopping center. In: AMORIM, José; ELIAS FILHO, Rubens (Coord.). *Direito imobiliário: questões contemporâneas*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 7-24.

⁶⁸ NEGRÃO, Ricardo; QUARTUCCI, Daniela Grassi. Cláusulas específicas e polêmicas dos contratos de locação em shopping center. In: AMORIM, José; ELIAS FILHO, Rubens (Coord.). *Direito imobiliário: questões contemporâneas*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 7-24.

cláusula garante ao empreendedor o recebimento de um aluguel a mais por ano, geralmente no período natalino, quando as vendas também sobem.

Estes são exemplos de disposições próprias dos contratos de shoppings centers que destoam dos demais contratos de locação comercial e que são fundados na liberdade contratual, garantida com maior amplitude pelo art. 54 da Lei do Inquilinato.

Não obstante a amplitude da liberdade, tais contratos devem observar a boa-fé, a função social do contrato e, por conseguinte, o equilíbrio nas relações contratuais. Tal equilíbrio guarda suporte nas disposições do Código Civil, especialmente aquelas dos artigos 112, 114, 421, 422 e 423 do diploma cível.

4.2.2 Da impossibilidade de aplicação do CDC aos contratos de shopping

Também as relações existentes entre lojistas e empreendedores em *shopping centers* revelam, em determinados casos, certo desequilíbrio, consubstanciado no fato de o empreendedor tender a ocupar uma posição de superioridade em face do lojista, que muitas vezes se mostra vulnerável, especialmente quando se trata de loja satélite. Essa vulnerabilidade se manifesta desde o desconhecimento das regras de funcionamento às tecnologias empregadas e, principalmente, no fato de aderir a um contrato prefixado, não lhe sendo oportunizada a adequada discussão das cláusulas ali contidas.

Este contrato de adesão normalmente é composto por cláusulas que convergem em favor do empreendedor. Essa impossibilidade de discussão das cláusulas no contrato de *shopping* caracteriza, portanto, como contrato de adesão e justifica a necessidade de homogeneização das avenças e condições de desenvolvimento tendo em vista que as inúmeras relações jurídicas que passam a existir no empreendimento.⁶⁹

Sendo de adesão, diante de um conflito, deve-se interpretar tal contrato com um controle mais rigoroso a fim de evitar lesões, incidindo as regras gerais da boa-fé objetiva, o do equilíbrio das prestações, da função social dos contratos, além da observância da vulnerabilidade da parte mais fraca.⁷⁰

A percepção desta vulnerabilidade implica na análise quanto a aplicação

⁶⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Contrato de shopping Center. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 187-227, 2002. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_187.pdf> Acesso em: 02 abr. 2014.

⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Contrato de shopping Center. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 187-227, 2002. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_187.pdf> Acesso em: 02 abr. 2014.

do CDC a tais contratos, a depender da existência de uma relação de consumo. Essa aplicação é desde logo afastada quando se toma como pressuposto que na locação de espaço em shopping center o empreendedor fornece um espaço físico e o lojista utiliza-se deste espaço para despenhar sua atividade econômica.

Primeiramente para a incidência das normas consumeristas seria necessário o enquadramento do lojista como consumidor final da locação, ainda que seja comerciante. Além da caracterização de tal condição é necessária a caracterização da vulnerabilidade, e ante a necessidade da proteção legal mais ampla que a prevista pelo Código Civil.⁷¹

No entanto a aplicação do CDC aos lojistas de shopping center é indevida, pois não há relação de consumo. Há, na verdade, uma relação jurídica empresarial que atrai as regras esculpidas na Lei do inquilinato e no CC.⁷² Ainda que presente a vulnerabilidade, a jurisprudência do STJ manifesta-se pela impossibilidade da aplicação das normas consumeristas em tais contratos.⁷³

Assim como delineado pela doutrina majoritária, o STJ entende que é aplicável aos contratos de shopping o disposto na Lei de Locações em face do exposto em seu art. 54.⁷⁴ Para o colegiado o referido artigo privilegiou a autonomia

⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Contrato de shopping Center. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 187-227, 2002. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_187.pdf> Acesso em: 02 abr. 2014.

⁷² NEGRÃO, Ricardo; QUARTUCCI, Daniela Grassi. Cláusulas específicas e polêmicas dos contratos de locação em shopping center. In: AMORIM, José; ELIAS FILHO, Rubens (Coord.). *Direito imobiliário: questões contemporâneas*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 7-24.

⁷³ AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. SHOPPING CENTER. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI Nº 8.078/90. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI DO INQUILINATO. LEI Nº 8.245/91. 1. Esta Corte firmou compreensão de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locativos. 2. Aos contratos de shopping center aplica-se a Lei do Inquilinato (art. 54 da Lei nº 8.245/91). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AgRg no Ag 706.211/RS*. Sexta Turma. Agravante: Ribeiro Cabelereiros Ltda. Microempresa. Agravado: Alpha Administração e Participações Ltda. Relator: Min. Paulo Gallotti. Brasília, 05 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19184085/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-706211-rs-2005-0149789-8/inteiro-teor-19184086>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

⁷⁴ **Artigo 54.** Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei. 1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center: a) as despesas referidas nas alíneas a, b e d do parágrafo único do art. 22; e b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de paisagismo nas partes de uso comum. 2º As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de ur-

da vontade impondo apenas limitações contidas em seus parágrafos. Ainda que possua cláusulas atípicas ao contrato ordinário de locação, é aplicada a legislação contida na Lei do inquilinato.

Deve-se consignar ainda que, em face do disposto no referido artigo, as condições do contrato de locação de shopping podem ser livremente pactuadas pelas partes sem impedimento ou limite, desde que não ofendam a legalidade, a boa-fé, a função social do contrato e a ordem pública. Privilegiou-se a autonomia da vontade, a liberdade de contratar, conforme dispõe a lei de inquilinato, não havendo que se falar em relação de consumo no contrato de shopping.

O caso concreto acima mencionado diz respeito a ação ajuizada por uma loja satélite que busca a rescisão contratual e a devida indenização em decorrência da inexistência das lojas âncoras prometidas pelo empreendedor. Aduziu a recorrente que aderiu a tal negócio em face da publicidade aventada pelo empreendedor e a ausência de tais lojas que eram objeto da publicidade resultou no insucesso de seus negócios. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que era abusiva a cláusula contratual que excluía o direito de indenização aos lojistas em face da não instalação das lojas âncoras.⁷⁵

O STJ entendeu, seguindo sólida jurisprudência, que não era causa de

gência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas. BRASIL. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

⁷⁵ DIREITO CIVIL. SHOPPING CENTER. INSTALAÇÃO DE LOJA. PROPAGANDA DO EMPREENDIMENTO QUE INDICAVA A PRESENÇA DE TRÊS LOJAS-ÂNCORAS. DESCUMPRIMENTO DESSE COMPROMISSO. PEDIDO DE RESCISÃO DO CONTRATO. 1. Conquanto a relação entre lojistas e administradores de Shopping Center não seja regulada pelo CDC, é possível ao Poder Judiciário reconhecer a abusividade em cláusula inserida no contrato de adesão que regula a locação de espaço no estabelecimento, especialmente na hipótese de cláusula que isente a administradora de responsabilidade pela indenização de danos causados ao lojista. 2. A promessa, feita durante a construção do Shopping Center a potenciais lojistas, de que algumas lojas-âncoras de grande renome seriam instaladas no estabelecimento para incrementar a frequência de público, consubstancia promessa de fato de terceiro cujo inadimplemento pode justificar a rescisão do contrato de locação, notadamente se tal promessa assumir a condição de causa determinante do contrato e se não estiver comprovada a plena comunicação aos lojistas sobre a desistência de referidas lojas, durante a construção do estabelecimento. 3. Recurso especial conhecido e improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp 1.259.210/RJ*. Terceira Turma. Recorrente: Empreendimentos Comerciais Ilha do Governador S/A. Recorrido: By Célia Brândao Modas Ltda. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22176420/recurso-especial-resp-1259210-rj-2011-0061964-0-stj/inteiro-teor-22176421>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

aplicação do CDC ao argumento que o contrato de locação de Shopping Center agrega componentes diversos dos usuais no ramo comercial, reafirmando a aplicação da Lei do Inquilinato para estes casos.

Embora tenha afastado a aplicação do CDC, pontuou que a incidência de nulidade em cláusula que afasta a responsabilidade de indenizar encontraria, em tese, fundamento na natureza de adesão do contrato de locação e não em uma suposta abusividade inerente a relações de consumo.

Contudo, entendeu o órgão colegiado, Terceira Turma, que a recorrida conhecia as normas gerais e especiais que regiam o contrato, que assumiu parcela do risco, e que a garantia de sucesso do negócio não compõe o contrato de locação de shopping.

Considerou, no caso, que a exigência de instalação de lojas âncoras, constituiu-se em inegável e indevido dirigismo contratual. Segundo a decisão, o shopping recorrente realizou todos os esforços para a instalação das lojas âncoras, mas não teve êxito. Entendeu o STJ que não poderia, assim, ser imputada ao shopping a responsabilidade pela ausência de tais lojas até porque dependia do ato de terceiro. Concluiu o colegiado que a instalação de loja âncora não se insere como cláusulas resolutória, mas como parte do risco do empreendimento assumido pelo lojista. Desta feita afastou a incidência das normas relativas à oferta constantes no CDC.

A decisão mencionada deve ser objeto de críticas. Embora o STJ tenha buscado prestigiar a liberdade e não afastar o risco nas relações interempresariais, é de se questionar a observância da boa-fé contratual, uma vez que as, também na fase pré-contratual, as afirmações das partes criam expectativas legítimas que também devem ser respeitadas, não significando o afastamento do risco empresarial.

Contudo, mesmo quando se trata de loja satélite, ainda que caracterizada a vulnerabilidade técnica, científica, informacional do lojista não é possível a aplicação das regras referente às relações de consumo. É fato que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem privilegiando a liberdade no contratos de *Shopping Center* e a parca normatização contida na Lei Especial que trata do assunto, a Lei de Locações, e subsidiariamente pelo CC.

Pois bem, as regras trazidas pelo CC estabelecem a observância da função social do contrato como limitadora da liberdade, especialmente quando prevê a aplicação de institutos como a boa-fé objetiva, a busca pelo equilíbrio contratual, e a prevenção de abusos. Tais institutos seriam suficientes para a tutela das relações desequilibradas entre os lojistas e empreendedor.

Um entendimento que desconsidera as promessas realizadas na fase pré-contratual sob o argumento de que não se trata de uma relação de consumo não faz, definitivamente, a melhor exegese do corpo normativo cível.

5 Considerações finais

O enfoque do presente estudo foi a análise da vulnerabilidade e a impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos interempresariais de shopping e de franquia. A questão central foi demonstrar que, embora possa haver assimetria entre as partes nas relação interempresariais, não é adequado falar em aplicação do Código de Proteção do Consumidor. Nada obstante, a observância dos deveres gerais dos contratos pode justificar a intervenção judicial de forma a equalizar as relações.

Para a incidência do CDC aos contratos entre sociedades empresárias não basta a verificação da vulnerabilidade, seja técnica, jurídica/científica, fática ou informacional da pessoa jurídica. Além da presença dos requisitos do CDC, faz-se necessária a análise casuística a fim de evitar a banalização das regras especiais que tutelam o consumidor e evitar a subversão da lógica aplicada ao direito comercial.

O Código Civil é a principal fonte legislativa para a tutela das relações interempresariais, principalmente no que tange à atividade mercantil, e apresenta parâmetros para a interpretação dos contratos de uma forma geral. Além das regras trazidas pelo CC para a interpretação, os contratos interempresariais guardam particularidades inerentes ao ramo do direito empresarial, como a valorização da boa-fé objetiva, da liberdade, da força normativa dos usos e costumes inerentes à atividade mercantil. Nada disso, porém, está além da função social do contrato.

Ocorre que, ainda que o Código Civil traga uma série de elementos para a interpretação dos contratos no âmbito interempresarial e das próprias regras inerentes ao ramo do direito empresarial em face de um caso concreto, tais regras podem ser insuficientes para a tutela das relações e a busca pelo reequilíbrio se o intérprete não se mostre comprometido com a concretização destes institutos.

No entanto a aplicação do CDC aos contratos interempresariais deve se dar apenas a título de exceção e não se pode ter por objetivo eliminar o risco da

atividade empresarial, sob pena de subversão da atividade empresarial tendo em vista que o risco é pressuposto da atividade empresarial.

Pela visão do STJ a legislação especial, isto é, a Lei das franquias, a Lei do Inquilinato e cumulativamente com a legislação geral é suficiente para a tutela de abusos. Entende o STJ ainda que caracterizada a vulnerabilidade técnica, científica, informacional não se pode aplicar a legislação referente às relações de consumo, pois não são destinatários finais do produto ou serviço.

Nada obstante, conclui-se que é devida a proteção do empresário vulnerável pelas regras trazidas pelo CC, que traz uma visão social, como a boa-fé objetiva, a busca pelo equilíbrio contratual, a função social do contrato, e a prevenção de abusos. Contudo, a efetiva proteção a esse empresário vulnerável deve ser concretizada por intérpretes que garantam a aplicação destes institutos no caso concreto.

Referências

ALBUQUERQUE, Bruno Caraciolo Ferreira. *Notas sobre o contrato de franquia na legislação brasileira*. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_11_1855_11879.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2014.

BARCELOS, Rodrigo. *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do código de defesa do consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. AgRg no REsp 1336491/SP. Quarta Turma. Agravante: Marcela Fabrícia Bertasse. Agravado: Argel Cosméticos Ltda. Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 27 de novembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1198079&num_registro=201201591735&data=20121213&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AgRg no Ag 706.211/RS*. Sexta Turma. Agravante: Ribeiro Cabelereiros Ltda. Micro-empresa. Agravado: Alpha Administração e Participações Ltda. Relator: Min. Paulo Gallotti. Brasília, 05 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19184085/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-706211-rs-2005-0149789-8/inteiro-teor-19184086>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp 1.259.210/RJ*. Terceira Turma. Recorrente: Empreendimentos Comercias Ilha do Governador S/A. Recorrido: By Célia Brândao Modas Ltda. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22176420/recurso-especial-resp-1259210-rj-2011-0061964-0-stj/inteiro-teor-22176421>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp 476.428/SC*. Terceira. Recorrente: Agipliquigás S/A. Recorrido: Gracher Hotéis e Turismo Ltda. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de abril de 2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/103241/recurso-especial-resp-476428-sc-2002-0145624-5>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp 932.557/SP*. Quarta Turma. Recorrente: IBG Indústria Brasileira De Gases Ltda. Recorrido: Indústria E Comércio Rouxinol Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 07 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21250486/recurso-especial-resp-932557-sp-2007-0052266-7-stj>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 936.741/GO*. Quarta Turma. Recorrente: Cargill Agrícola S/A. Recorrido: Darci Luiz da Silva. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 03 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612065/recurso-especial-resp-936741-go-2007-0065852-6-stj/inteiro-teor-21612066>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

CATALAN, Marcos Jorge; MALHEIROS, Pablo Frota. A pessoa Jurídica como consumidora duas décadas depois do advento do código de defesa do consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*: doutrina e jurisprudência, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 145-180, jan./mar. 2009.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. As relações entre o franqueador e o franqueado e o código de defesa do consumidor. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 18, n. 1, p. 11-23, 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/////index.php/informativo/article/view/445/403>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contrato empresariais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

FIUZA, Cesar. *Direito civil: curso completo*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Contrato de shopping Center. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 187-227, 2002. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_187.pdf> Acesso em: 02 abr. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

JORNADA DE DIREITO COMERCIAL, 1., 2012. I Jornada de Direito Comercial. Brasília. Conselho da Justiça Federal, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEGRÃO, Ricardo; QUARTUCCI, Daniela Grassi. Cláusulas específicas e polêmicas dos contratos de locação em shopping center. In: AMORIM, José; ELIAS FILHO, Rubens (Coord.). *Direito imobiliário*: questões contemporâneas. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 7-24.

PAIVA, Simone Bastos. *Franquia*: uma estratégia empresarial através de rede de empresas. [S.l]: SEBRAE, mar. 2005. Disponível em: <[http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/35824D3A007ACC0403256FB-00062CAD1/\\$File/NT000307FE.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/35824D3A007ACC0403256FB-00062CAD1/$File/NT000307FE.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *A especificidade dos contratos empresariais*. 2013. Disponível em: <<http://alcramos.jusbrasil.com.br/artigos/121943289/a-especificidade-dos-contratos-empresariais>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Ricardo Araújo de Deus. Dos contratos: interpretação. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 1, n. 2, ago. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2023> Acesso em: 12 fev. 2014.

VANCE, Patricia de Salles; FÁVERO, Luiz Paulo Lopes; LUPPE, Marcos Roberto. Franquia empresarial: um estudo das características do relacionamento entre franqueadores e franqueados no Brasil. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 43, n. 1, p. 59-71, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rausp/article/download/44467/48087>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

VIDIGAL, Paula Mascarenhas Mourão. *Alguns aspectos jurídicos do contrato de locação em Shopping Center*. 2006. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2006. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/paulamascarenhasmouraoalgunsaspectosjuridicosdocontrato.pdf>> Acesso em: 04 abr. 2014.

Responsabilidade civil do fornecedor pelo acidente de consumo: estudo de caso

Civil liability of the supplier by the consumption accident: a case study

Tatiana Pedrosa Gonçalves¹

Héctor Valverde Santana²

Resumo

O presente estudo visa analisar os principais aspectos da responsabilidade civil do fornecedor de produto em razão de acidente de consumo. A investigação científica tem por base estudo de caso concreto julgado pelo Superior Tribunal de Justiça consistente na explosão de garrafa de cerveja que atingiu a incolumidade física do consumidor. A doutrina, legislação e jurisprudência sobre o tema são revistas para esclarecer e regular as relações conflituosas entre o fornecedor e o consumidor. São estudados os conceitos, princípios e pressupostos que caracterizam o fornecedor e sua responsabilidade civil pelos danos causados ao consumidor pela colocação de produto defeituoso no mercado, bem como as principais causas excludentes de responsabilidade do fornecedor são destacadas do ponto de vista da aplicabilidade aos casos concretos.

Palavras-chave: Acidente. Consumo. Defeito. Produto. Responsabilidade civil. Excludente.

1 Introdução

A atual sociedade de consumo, caracterizada pela crescente relação entre fornecedor e consumidor, produz, dentre outros relevantes fatos econômicos e sociais, acidentes de consumo que causam sérios danos ao destinatário final da produção. Mostra-se relevante estudo sobre a correta forma de responsabilização civil do fornecedor no que concerne ao acidente de consumo. É fato notório que o produto defeituoso lançado no mercado acarreta sérias conseqüências danosas ao consumidor, violando direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, razão pela qual se exige mecanismos mais ágeis e justos para a reparação dos danos sofridos.

¹ Graduada em Pedagogia e Ciências Jurídicas e Sociais, pelo UniCEUB. Integrante do Grupo de Pesquisa “Responsabilidade, Consumo e Novos Direitos”.

² Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais – PUC/SP. Professor de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Reconhece-se a dificuldade do controle das ações do fornecedor, que exerce posição de prevalência na relação de produção, distribuição e comercialização de produtos no mercado, motivo pelo qual se impõe tratamento diferenciado na forma de reparação do dano e a admissão mais restrita das causas excludentes de responsabilidade civil. A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto está relacionada à falta de segurança do bem de consumo e não se confunde com a responsabilidade civil do fornecedor pelo vício do produto, que por sua vez está relacionada à teoria da qualidade e quantidade.

O tema é relevante na medida em que os riscos da atual sociedade de consumo se agravam e as concepções clássicas de responsabilidade civil não mais atendem às expectativas dos destinatários finais da produção quanto à plena e célere reparação dos danos. Desta forma, são analisados aspectos teóricos propedêuticos e analisado caso concreto sobre o tema a fim de avaliar o estágio atual do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto.

2 Acidente de consumo

A denominação *responsabilidade civil pelo fato do produto* enfatiza o elemento material ensejador da reparação dos danos provocado pelo fornecedor em razão da colocação no mercado produto defeituoso. O fundamental não é a origem do fato do produto, mas a localização humana de seu resultado que é o acidente de consumo.³ O produto colocado no mercado deve cumprir, além de sua função econômica específica, cuja violação caracteriza o vício de quantidade ou de qualidade por inadequação, com o objetivo de segurança que informa a legítima expectativa do consumidor.

A segurança do produto conduz à idéia de risco, que é entendida como a probabilidade de que um atributo do produto venha causar dano ao patrimônio material ou à integridade física do consumidor. A qualidade do produto pode ser maculada de duas formas: pelo vício de qualidade por ina-

³ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.152

dequação ou pelo vício de qualidade por insegurança. O fato do produto deve ser entendido como a desconformidade do produto com as expectativas legítimas do consumidor e que tem capacidade de provocar acidente de consumo.⁴

São verificados dois requisitos do acidente de consumo: a) desconformidade com a expectativa legítima; b) capacidade de provocar acidente. Sem que se tenham os dois elementos referidos, não há configuração do acidente de consumo.⁵

O nível de risco do produto que busca mantê-lo dentro dos limites estabelecidos pela noção geral de expectativa de defesa do consumidor é a reparação de todos os danos causados por produto defeituoso. Contudo, os prejuízos sofridos pelo consumidor podem ser provocados por riscos inerentes à própria coisa, já que muitos produtos são naturalmente perigosos, tendo uma normal aptidão para provocar danos.⁶

Deve-se estabelecer distinção entre produto intrinsecamente perigoso e o acidentalmente perigoso. O produto intrinsecamente perigoso é aquele que apresenta risco inerente à sua própria qualidade ou modo de funcionamento. A sua periculosidade é natural.⁷

O produto de periculosidade adquirida é aquele que se torna perigoso em razão de um defeito de concepção técnica, de fabricação ou, até mesmo, de informação, colocando em risco a saúde e a segurança do consumidor. Esse produto constitui o objeto central do regime de responsabilidade civil pelo fato do produto no CDC.⁸

Os danos causados por produto intrinsecamente perigoso estão excluídos do regime jurídico da responsabilidade civil por acidente de consumo no CDC. Não obstante, o afastamento da responsabilidade do fornecedor exige que essa

⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 154

⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 154.

⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

periculosidade intrínseca do produto tenha duas características: a) normalidade; b) previsibilidade.⁹

A normalidade de perigo significa que o produto deve ser naturalmente perigoso. A natureza do produto e a forma normal de fruição ensejam um risco para o consumidor que deve ser devidamente informado a respeito, enquanto a previsibilidade significa que o consumidor deve estar ciente da normal e previsível periculosidade do produto, tendo sido adequadamente informado acerca da forma correta de utilização e advertido dos riscos a serem suportados. O dever de informação do fornecedor está expressamente estabelecido pelo art. 9º do CDC.¹⁰

Apenas quando ocorrer a conjugação dessas duas características é que a responsabilidade civil do fornecedor ficará afastada. Se ocorrer defeito de funcionamento do produto intrinsecamente perigoso, ou especialmente defeito de informação sobre os riscos, haverá responsabilidade do fornecedor.¹¹

Não é possível afastar o uso desse produto que, embora potencialmente perigoso, preenche uma finalidade socioeconômica relevante. Porém, a sua utilização deve ser rigorosamente controlada não apenas pelas autoridades públicas competentes, mas pelo próprio fabricante, que deve informar clara e precisamente sobre seus riscos e a sua forma de utilização.¹²

O bem de consumo de periculosidade inerente ou latente traz um risco intrínseco atado a sua própria qualidade ou modo de funcionamento. Embora se mostre capaz de causar acidente, a periculosidade do produto, nesse caso, diz-se normal e previsível em decorrência de natureza ou fruição, ou seja, está em sintonia com a expectativa legítima do consumidor.¹³

A periculosidade só é inerente quando dotada de normalidade (isto em relação ao produto) e de previsibilidade (isto em relação ao consumidor). Se

⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

¹⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

¹¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

¹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142.

¹³ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 157.

assim não ocorre, cabe ao fornecedor a obrigação de advertir os consumidores (dever de informar) dos riscos inevitáveis.¹⁴

Em determinados casos, o produto é capaz de trazer consigo, a um só tempo, periculosidade inerente (normal e previsível) e periculosidade exagerada. É possível, que o produto, além da periculosidade inerente (incapaz de surpreender o consumidor), também apresente riscos absolutamente desconhecidos do consumidor, decorrentes de sua complexidade ou sofisticação.¹⁵

Os danos decorrentes de periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar, mas, na análise da obrigação de reparar, o juiz não deve se contentar com mera apreciação em abstrato do preenchimento dos dois requisitos, devendo examinar cada caso concreto, atentando especialmente para as condições particulares de cada consumidor, principalmente para sua capacidade de conhecer e avaliar eventuais informações fornecidas acerca do produto.¹⁶

Há produto que tem o chamado risco inerente, entendido como o risco intrinsecamente atado à própria natureza, qualidade da coisa ou modo de funcionamento. O art. 8º do CDC trata dessa questão ao dispor que o produto colocado no mercado de consumo não acarretará riscos à saúde ou segurança do consumidor, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição.

O fornecedor não responde pelos danos decorrentes do risco inerente, por não se caracterizar como produto defeituoso. Transferir as conseqüências dos riscos inerentes para o fornecedor seria ônus insuportável, pois acabaria por inviabilizar o desenvolvimento da atividade produtiva. O risco inerente, entretanto, cria para o fornecedor dever jurídico de informação adequada e clara, expressamente estabelecido no art. 9º do CDC.

O dever de informar, portanto, também serve de fundamento para a responsabilidade do fornecedor, cuja violação pode levá-lo a ter que responder pelo risco inerente, não por defeito de segurança do produto, mas pelo defeito de informação ou de comercialização, que envolve a apresentação, a publicidade e a

¹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 154; 157.

¹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 154; 158.

¹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 158.

informação inadequada a respeito da sua nocividade ou periculosidade.¹⁷

O produto de periculosidade adquirida torna-se perigoso em decorrência de um defeito que, por qualquer razão, apresenta. É bem de consumo que, se ausente a anomalia de insegurança que traz, não manifesta risco superior àquele legitimamente esperado pelo consumidor. A característica principal da periculosidade adquirida é exatamente a sua imprevisibilidade para o consumidor. É inútil qualquer modalidade de advertência, já que esta não tem o condão de eliminá-la.¹⁸

Tendo em vista a causa do mau funcionamento (do defeito), é possível identificar três modalidades de periculosidade adquirida: o defeito de fabricação, o defeito de concepção (design ou projeto) e o defeito de comercialização (informação ou instrução). O campo de incidência é bem amplo quando se trata de responsabilidade pelo fato do produto, uma vez que causa lesão individual e até mesmo grande lesões coletivas.

É que, conforme se observa no art. 12, *caput*, do CDC, ao tratar da responsabilidade civil pelo fato do produto, essa norma jurídica detalha as espécies de fornecedores direta e solidariamente responsáveis (fabricante, produtor, construtor e importador), não fazendo menção ao comerciante.¹⁹

Apesar de o comerciante, nos termos do art. 3º do CDC, ser considerado espécie de fornecedor, não será responsável solidário pelo fato do produto, mas será apenas responsabilizado subsidiariamente, embora objetivamente, quando: o fabricante, o produtor, o construtor e o importador não forem identificados, o produto for fornecido sem identificação clara e precisa destes.²⁰

O fato de o comerciante ter a responsabilidade subsidiária não exclui a responsabilidade dos outros responsáveis (o fabricante, o produtor, o construtor e importador), pois considera que a inclusão do comerciante como responsável

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *A responsabilidade civil nas relações de consumo: programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 523.

¹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 158.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *A responsabilidade civil nas relações de consumo: programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 526.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *A responsabilidade civil nas relações de consumo: programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 526.

pode ser vista como uma medida para favorecer o consumidor e não como forma de aliviar o dever de reparar dos outros responsáveis.²¹

A responsabilidade advém da não observância do princípio da boa-fé objetiva, pois o comerciante deveria prestar as informações necessárias sobre a origem do produto, mas não o fez, ou quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

3 Pressupostos da responsabilidade civil pelo acidente de consumo

A responsabilidade civil por acidentes de consumo tem quatro pressupostos: a) defeito do produto; b) nexo de imputação; c) dano patrimonial ou extrapatrimonial; d) relação de causalidade entre o defeito e o dano.²²

O defeito consiste na deficiência apresentada pelo produto que não oferece a segurança que se espera dele e, deste modo, o torna perigoso, causando danos ao consumidor. A sistemática do CDC classifica as imperfeições do produto em duas grandes categorias básicas, diferenciadas pela sua natureza e pelo regime jurídico a que subsumem: a) defeito do produto; b) vício do produto.²³

A primeira grande categoria básica diferenciada abrange as imperfeições chamadas de *defeito do produto* (de natureza mais grave que o vício) e que é capaz de causar danos à saúde ou segurança do consumidor. A segunda categoria compreende as imperfeições que têm como consequência somente a inservibilidade ou mera diminuição do valor do produto.²⁴

É necessária a caracterização do defeito do produto e, uma vez que a legislação não fornece um conceito preciso, há necessidade de análise aprofundada

²¹ BENJAMIN, Antonio Herman. Fato do produto e do serviço. In: _____; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.152-185. p. 174.

²² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117.

²³ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 109.

²⁴ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 109-110.

em três tópicos: a) caracterização do defeito; b) suas principais modalidades; c) algumas questões especiais.²⁵

O defeito pode ser subdividido em três categorias menores: a) defeitos de criação ou concepção (projeto e fórmula); b) defeitos de produção (fabricação, construção, montagem, manipulação, acondicionamento); c) defeitos de informação (publicidade, apresentação, informação insuficiente ou inadequada).²⁶

O defeito de criação ou concepção é estabelecido pelo art. 12, caput, do CDC, que se caracteriza como defeito de projeto e fórmula que afeta as características gerais da produção em consequência de erro havido no momento da elaboração de seu projeto ou de sua fórmula, a escolha de um material inadequado, ou de um componente químico nocivo porque não é suficientemente testado.²⁷

O defeito de produção, conforme art. 12, caput, do CDC, como defeito de fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento, é devido a eventual falha nos processos de elaboração da linha de produção. Geralmente ocorre por falha de determinada máquina ou de um determinado trabalhador ou setor de produção mecânico ou manual. Por suas características, atinge apenas um ou alguns produtos de uma série ou séries determinadas em que os demais bens tiveram regular produção e não apresentam, portanto, defeito.²⁸

O defeito de produção reúne três características que o distingue dos demais: a) não contamina todos os exemplares; b) é previsível, no sentido de que é possível o cálculo estatístico de sua frequência; c) é inevitável, pois mostra-se impossível a eliminação absoluta dos riscos inerentes à produção industrial.²⁹

O defeito de informação, de acordo com o CDC, é aquele decorrente de publicidade, apresentação e informação insuficiente ou inadequada. Diz respeito

²⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 122.

²⁶ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 93.

²⁷ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 113.

²⁸ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 113-114.

²⁹ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 114.

a aspecto formal, respeitando o modo de colocação do produto no mercado.³⁰

Há, portanto, para o empresário uma obrigação de informar, instruir e adverter devidamente os destinatários de seu produto, sobpena de ver-se responsabilizado pelos danos que possam advir de eventual falta ou deficiência das informações necessárias à correta utilização do produto colocado no mercado de consumo.³¹

O fornecimento de produto nocivo à saúde ou comprometedor da segurança do consumidor é responsável pela grande maioria dos acidentes de consumo. Para definir um defeito, um dos critérios utilizados é a falta de capacidade do fabricante de eliminar os riscos de um produto sem prejudicar a sua utilidade.

O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, nos termos do art. 12, § 1º, do CDC.³² O acidente de consumo supõe a manifestação de defeito do produto, motivador de evento danoso. O defeito do produto é um dos pressupostos por danos nas relações de consumo.³³

O nexo da imputação é o vínculo que se estabelece entre o defeito do produto e a atividade desenvolvida pelo fornecedor para atribuir o dever de indenizar pelos danos sofridos pelo consumidor.³⁴

Duas perspectivas são importantes na análise de temas relacionados à responsabilidade por acidente de consumo: a) a caracterização de quem pode ser vítima de um acidente de consumo; b) a verificação da extensão do princípio de reparação integral dos danos sofridos pelo consumidor.³⁵

Os danos patrimoniais são todos os prejuízos causados pelo defeito do produto. Para os danos decorrentes das relações de consumo produzidos por

³⁰ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 114-115.

³¹ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 115.

³² MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 119-120.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. p. 207-208. p. 204.

³⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 119.

³⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 222.

produto defeituoso lançado no mercado, o fato gerador da responsabilidade do fornecedor não é mais a conduta culposa ou a relação jurídica contratual, mas sim o mero defeito do produto. É suficiente o nexo causal entre o defeito do produto e o acidente de consumo.³⁶

A relação de causalidade entre o defeito e o dano é a relação normativa que se estabelece entre a anomalia de insegurança do produto e a consequência danosa sofrida pelo consumidor, para que seja possível reconhecer que um acidente de consumo ocorreu, assim como o nascimento da obrigação de indenizar.³⁷

Com muita frequência, os danos sofridos pelo consumidor decorrem de um processo causal mais complexo, com muitas indagações, fazendo-se necessário que se estabeleça quais os fatos serão considerados como causa jurídica do dano. Questões essas que são abordadas em duas perspectivas: a) principais teorias explicativas da relação de causalidade; b) principais teorias relacionadas à pluralidade de causadores do dano.

4 Sujeitos responsáveis pelo acidente de consumo

O fabricante, o produtor, o construtor e o importador foram incluídos, em conjunto, no polo passivo da responsabilidade civil pelo fato do produto. Ampliou-se o nexo de imputação para se incluir, no polo passivo da obrigação de indenizar resultante do fato de consumo, o responsável real (o fabricante, o produtor e o construtor), e o responsável presumido (o importador).³⁸

Os responsáveis reais são todas as pessoas física ou jurídica que participam direta e ativamente do processo de elaboração do produto para sua inclusão no mercado de consumo. Os referidos fornecedores são os verdadeiros responsáveis pela reparação dos danos decorrentes do defeito do produto.

Na responsabilidade pelo fato do produto, o conceito de responsável real engloba o fabricante, o produtor e o construtor, nacionais ou estrangeiros, pelos

³⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 119.

³⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 119.

³⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173.

danos sofridos pelo consumidor em virtude de acidente de consumo.

Pode ocorrer que o mesmo acidente de consumo vincule um fabricante, um construtor ou um produtor com um fornecedor de serviços. Nesse caso, estabelece-se uma relação de solidariedade entre todos os responsáveis reais, podendo cada um ser demandado isoladamente. O importador é o responsável dito presumido, pois não possui qualquer vinculação direta com o produto defeituoso.

No Brasil, o importador-comerciante responde sempre como simples importador, não se lhe aplicando as disposições normativas previstas no art.13 do CDC, que têm incidência restrita ao comerciante típico. O responsável real e o responsável presumido são solidariamente responsáveis, podendo o consumidor demandar contra qualquer um deles, conjunta ou separadamente.³⁹

O comerciante atacadista ou varejista aparece como responsável aparente quando vende produtos anônimos ou produtos perecíveis em mau estado de conservação. Figura como responsável aparente, sendo somente responsabilizado subsidiariamente, quando não identificar o fabricante ou o importador no produto vendido.⁴⁰

A responsabilidade do comerciante foi substancialmente restringida em confronto com os demais fornecedores. A razão é evidente, já que o seu contato com o produtor é restrito, limitando-se à exposição deste em seu estabelecimento comercial e ao fornecimento de explicações ao consumidor, as quais lhe foram repassadas pelo próprio fabricante ou importador.⁴¹

A exclusão da responsabilidade do comerciante (atacadista e varejista) deu-se por razões de política legislativa, já que o comerciante não tem o poder de alterar técnicas de fabricação e produção de bens. Por isso, o comerciante não foi incluído na regra do art. 12, *caput*, do CDC, como responsável direto pelos danos causados ao consumidor pelo produto defeituoso, sendo somente responsabilizado, subsidiariamente, em situações excepcionais.⁴²

³⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 180.

⁴⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 180.

⁴¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 180.

⁴² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a*

O art. 13 da Lei n. 8.078/1990 (CDC) estabelece as seguintes hipóteses para responsabilização do comerciante: produtos não identificados (inc. I); produtos mal identificados (inc. II); produtos perecíveis mal conservados (inc. III).

Nas duas primeiras hipóteses, a responsabilização do comerciante justifica-se em face da dificuldade ou, até mesmo, da impossibilidade de identificação dos nomes dos responsáveis reais (fabricante, produtor ou construtor) ou do importador. A regra do art.13 do CDC tem suscitado interpretações conflitantes. De um lado, interpreta-se restritamente o benefício concedido ao comerciante, permitindo que seja acionado pelo consumidor quando houver simples ausência de identificação. De outro lado, procede-se a uma análise e interpretação profunda, admitindo-se apenas a ação direta contra o comerciante quando houver impossibilidade de identificação.⁴³

Essa segunda linha de interpretação é a mais correta, pois havendo possibilidade de identificação do responsável real, não é razoável afastar, desde logo, a excludente concedida pelo legislador e admitir a ação direta contra o comerciante. Imagine-se um consumidor que se intoxicou por uma fruta ou verdura adquirida em um grande supermercado, onde normalmente não existe a identificação do produtor. Portanto, antes de ajuizar uma demanda judicial, deve-se conceder ao comerciante a oportunidade de indicar o responsável real. No entanto, a identificação do responsável real no curso do processo não afasta mais a responsabilidade do comerciante perante o consumidor, passando a contar apenas com o direito de regresso em momento posterior.⁴⁴

Na terceira hipótese, que se refere aos produtos perecíveis conservados inadequadamente, o comerciante figura como responsável real, o defeito lhe é imputável de forma direta, já que se descuidou do seu dever de zelar adequadamente pela conservação e higiene dos produtos perecíveis expostos à venda em seu estabelecimento. Essa questão refere-se à possibilidade de responsabilização do comerciante pela conservação inadequada de produto perecível, que se torna, em função disso, defeituoso e causa danos ao consumidor.

defesa do fornecedor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 181.

⁴³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

5 Causas de exclusão de responsabilidade civil do fornecedor

O art. 12, § 3º, do CDC, estabelece as seguintes causas de excludentes de responsabilidade, em rol aberto:

a) Não colocação do produto no mercado: trata-se de antecedente lógico para a responsabilização civil do fornecedor, razão pela qual se deve estabelecer, com maior precisão, o momento em que se considera colocado o produto no mercado de consumo. A colocação do produto no mercado acontece no momento em que, consciente e voluntariamente, o fornecedor o lança para consumo. O fornecedor perde o seu controle sobre o produto, devendo assumir os riscos de eventuais danos. A não colocação do produto no mercado aparece frequentemente associada ao fato de terceiro.⁴⁵

b) Inexistência do defeito: a inexistência de defeito no produto pode ser vista como uma das mais importantes causas de exclusão de responsabilidade civil do fornecedor, estando prevista no art. 12, § 3º, inc. II, do CDC. Não basta que os danos sofridos tenham sido causados por determinado produto. Exige-se que o dano sofrido pelo consumidor decorra necessariamente do defeito do produto.⁴⁶

O responsável legal pode igualmente exonerar-se da culpa quando provar que o produto não é defeituoso. Nesse ponto, o CDC distanciou-se da Diretiva n. 85/374, da Comissão Econômica Européia (CEE), que impõe ao consumidor o ônus de provar o defeito, solução muito criticada pela doutrina. Conseqüentemente, nos termos da lei brasileira, o consumidor tem que provar apenas o dano e o nexo causal entre este e o produto que adquiriu. Cabe ao responsável legal, em seguida, estabelecer que o dano, embora causado pelo produto, não o foi em função de um defeito; ou, ainda, que para o dano, apesar de provocado pelo bem, não contribuiu para qualquer ação ou omissão sua.⁴⁷

c) Culpa exclusiva do consumidor: se o comportamento do consumidor

⁴⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 280; 284. p. 286.

⁴⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 286.

⁴⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 169.

é o único causador do acidente de consumo, não há como não falar em nexo da causalidade entre a atividade do fabricante, do produtor, do construtor ou do importador e o fato danoso. Entretanto, se houver concorrência entre o comportamento da vítima e um defeito existente no produto, a excludente não mais se aplica.

A responsabilidade também é eliminada pela ação exclusiva de terceiro (qualquer um alheio à relação de consumo). A exclusão do fato de terceiro agri-de o próprio nexo da causalidade, já que deixa de haver qualquer relação entre o prejuízo do consumidor e a atividade do sujeito responsável primariamente⁴⁸. O fundamental nessa questão é que o fato exclusivo da vítima seja apresentado sob forma de uma conduta descuidada para que possa incidir a eximente.⁴⁹

O fato exclusivo de terceiro é a atividade desenvolvida por uma pessoa determinada que, sem ter qualquer vinculação com a vítima ou com o causador aparente do dano, interfere no processo causal e provoca com exclusividade o evento lesivo. Atua sobre o nexo da causalidade entre o fato imputado a determinado agente de dano sofrido pela vítima, eliminando a relação de causa e efeito. No caso da responsabilidade por acidentes de consumo, interfere sobre o nexo causal entre o defeito e o dano⁵⁰.

São exigidas cinco características para que seja rompido o nexo causal: a) causalidade; b) inimputabilidade; c) qualidade; d) individuação; e) irrelevância da ilicitude.

A causalidade significa que o fato de terceiro deve ser a causa adequada do dano com exclusividade, pois, se for apenas um fato concorrente, persiste a responsabilidade no agente. Inimputabilidade significa que o fato de terceiro deve ser completamente independente do comportamento do ofensor demandado, não podendo ser, de qualquer forma, atribuído a ele.

A qualidade do terceiro quer dizer que esta pessoa não pode ter qualquer vinculação com o agente responsabilizado, como ocorre nas citações do art. 932 do CC. Na individuação, o terceiro deve ser uma pessoa específica, ainda que,

⁴⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 169-170.

⁴⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 291.

⁵⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 302.

eventualmente, não seja passível de perfeita identificação como ocorre na hipótese de sua fuga do local do evento.

É irrelevante a licitude ou ilicitude da conduta do terceiro causador de dano para a exclusão da responsabilidade do agente demandado.⁵¹ O dano sofrido pelo consumidor é causado por um determinado produto ou serviço, que pode apresentar defeito. Entretanto, o motivo desse produto ou serviço ser causador de um dano não é o defeito próprio, mas o fato de terceiro que, interferindo com exclusividade na cadeia causal, provoca o acidente de consumo. A responsabilidade do fornecedor fica excluída por essa intervenção exclusiva do fato de terceiro, o qual estabelece um rompimento da relação de causalidade entre o produto e os prejuízos sofridos pelo consumidor.⁵²

d) Caso fortuito e força maior. A regra no direito brasileiro é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O CDC não prevê o caso fortuito e a força maior como causas excludentes de responsabilidade civil do fornecedor. Também não os nega. Logo, quer parecer que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito e de força maior para impedir o dever de indenizar.⁵³

Alguns doutrinadores não admitem a distinção em caso fortuito ou força maior, o que parece está em consonância com o teor do art. 393, § único, do CC. Outros entendem não haver mais aplicação para o caso fortuito, sobre o fundamento que tudo poderia ser previsível e evitável. Modernos civilistas dividem caso fortuito interno e externo. O interno seria um fato imprevisível ligado a organização da empresa e o externo seria um fato imprevisível e estranho a organização do negócio.⁵⁴

Finalmente, o risco do desenvolvimento não é admitido como causa excludente de responsabilidade civil do fornecedor. O risco do desenvolvimento consiste na possibilidade de determinado produto introduzido no mercado sem

⁵¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 302.

⁵² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 304.

⁵³ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 171.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *A responsabilidade civil nas relações de consumo: programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 334

que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento científico disponível à época de sua introdução. Porém, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, decorrido determinado período do início de sua circulação no mercado de consumo, detecta-se defeito, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores, ou seja, o produto, embora possuísse concepção perfeita ante o estágio da técnica e da ciência à época de sua introdução no mercado de consumo, e se mostra, posteriormente, capaz de oferecer riscos à saúde e segurança dos consumidores, riscos estes primitivamente incognoscíveis.⁵⁵

O consumidor tem direito à proteção contra os riscos provocados por produto considerado perigoso, não podendo, então, o fornecedor colocar no mercado de consumo produto que saiba ou deva saber ser nocivo, sendo considerado defeituoso o produto que não atenda à segurança legitimamente esperada, tendo em vista a época em que foi colocado em circulação. Com base nesses pressupostos – predominantemente legais – pode-se afirmar que é lícito ao fornecedor inserir no mercado de consumo produto que não saiba nem deve saber resultar perigoso, porque o grau de conhecimento científico à época da introdução do produto no mercado de consumo não permitia tal conhecimento.

6 Estudo de caso

A base teórica retro apresentada é adequada à análise de caso concreto relativo a acidente de consumo. Trata-se do Recurso Especial n. 1.288.008/MG⁵⁶, da Relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado e provido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que reformou acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que por sua vez havia provido Recurso de Apelação para julgar improcedente o pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de consumo, que originalmente tinha sido jul-

⁵⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 128-129.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp. 1.288.008/MG 2011/0248142-9*. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Rodrigues Cordeiro. Reocorrido: Primo Schincariol Industria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 04 de abril de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23101297/recurso-especial-resp-1288008-mg-2011-0248142-9-stj>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

gado procedente pelo Juízo de Primeiro Grau de Jurisdição. A fim de ilustrar a controvérsia, segue relatório do REsp. n. 1.288.008/MG:

ANTONIO RODRIGUES CORDEIRO interpôs recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O recorrente ajuizou ação indenizatória em face de PRIMO SCHINCARIOL INDUSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES S.A. em razão de acidente de consumo, decorrente de explosão de garrafa de cerveja que lhe causou lesão permanente no olho esquerdo. Postulou indenização pelos danos materiais e morais sofridos.

Em sua inicial, a parte recorrente relatou que em, 06 de setembro de 2002, no dia seguinte a entrega dos produtos, ao retirar as garrafas de cerveja de um engradado para acondicioná-las em um freezer, uma garrafa estourou, causando-lhe a dilaceração da pálpebra inferior esquerda, bem como do olho esquerdo, ocasionando-lhe a perda do conteúdo ocular com a colocação de prótese. Postulou indenização pelos danos materiais e morais sofridos decorrentes do acidente de consumo.

Citada, a empresa recorrida apresentou contestação alegando a inexistência de relação de consumo entre as partes, a inexistência de responsabilidade objetiva e a conseqüente inaplicabilidade do Código de Defesa Consumidor, requerendo, ainda, a aplicação da pena de multa de litigância de má-fé.

Durante a instrução, foram realizadas três perícias técnicas. As duas primeiras foram perícias médicas para exame das lesões sofridas pelo autor.

A primeira delas constatou a debilidade e deformidade permanente do sentido da visão, confirmando a ausência da íris e pupila do globo ocular esquerdo, bem como atestando que o autor foi vítima de acidente com garrafa de cerveja no olho esquerdo, em 2002, tendo sido submetido à cirurgia, tendo evoluído com atrofia do globo ocular esquerdo e visão zero neste olho, sendo irreversível este quadro (e-STJ Fls. 326/327).

A segunda perícia médica, no mesmo sentido da primeira, confirmou que o autor é portador de prótese ocular no olho esquerdo; portador de evisceração (perda total) do globo ocular esquerdo; que a lesão é passível de ter sido produzida por instrumento perfuro-cortante; que estilhaços de vidro podem provocar a laceração da pele e outros tecidos como globo ocular; que a capacidade visual do autor está em 50%, reduzindo sua capacidade laboral (visão monocular), em caráter irreversível (e-STJ Fls. 352/353).

A terceira perícia técnica foi realizada junto à linha de produção da empresa demandada, concluindo que o processo

de produção da Schincariol na linha inspecionada é eficiente e segura para processar a eliminação de garrafas de vidro que apresente defeito potencialmente crítico que possam comprometer a resistência necessária das garrafas que são enviados aos fornecedores. (e-STJ Fls. 358/397).

Encerrada a instrução, sobreveio sentença que, aplicando o Código de Defesa do Consumidor, por considerar o autor consumidor equiparado, vítima do evento danoso, com base no artigo 17 deste diploma legal, julgou parcialmente procedentes os seus pedidos, condenando a empresa demandada a indenizá-lo em:(i) R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) pelos danos morais sofridos;(ii) R\$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais) pelos danos estéticos;(iii) R\$ 394,50 (trezentos e noventa e quatro reais e cinquenta centavos)pelos danos materiais, conforme recibos;(iv) um salário mínimo por mês, desde a data do acidente até a data prevista para que o autor complete 70 (setenta) anos de idade, a título de pensão correspondente à importância da redução da capacidade para o trabalho, considerando que, embora a lesão seja definitiva, aparte autora teria outros meios de sobrevivência;(v) custas e honorários de sucumbência arbitrados em 15% sobre o valor total da condenação.

Irresignadas, as partes apelaram ao Tribunal a quo postulando a reforma da sentença.

Em suas razões, a empresa demandada aduziu que a prova realizada nos autos evidenciou a ausência de falhas na linha de produção da cerveja fabricada pela ré, atestando a segurança do produto que, segundo alega, não explode sem a provocação de atrito e choque. Alegou ainda que a prova documental produzida evidencia que a recorrente emprega tecnologia de ponta na fabricação de seus produtos. Sustentou a falta de credibilidade da prova testemunhal carregada aos autos. Afirmou que a incidência da responsabilidade objetiva não isenta a parte autora de provar que os vidros que feriram seu olho de fato teriam advindo do estouro da garrafa de cerveja. Assinalou ademais que o autor não é consumidor, mas sim comerciante, estando como tal, do mesmo modo que o fabricante, sujeito ao risco do negócio. Em outra vertente, assinalou que a perícia médica demonstrou que o acidente que afetou o globo ocular do autor não o torna inapto para o trabalho.

Por outro lado, em razões do apelo adesivo, a parte autora postulou majoração do quantum indenizatório.

O Tribunal de origem, dando provimento à apelação da empresa demandada, julgou prejudicado o apelo adesivo do autor, em acórdão ementado nos seguintes termos: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE POR FATO DO PRODUTO.NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DEFEI-

TO E O DANOEXPERIMENTADO. DEMONSTRAÇÃO. NECESSIDADE. - Para que reste configurada a responsabilidade por fato do produto é imprescindível a demonstração do nexo de causalidade entre o defeito da coisa e o dano experimentado.

Em suas razões, no recurso especial, a parte recorrente alegou que o acórdão recorrido violou os artigos 4.º, I, 6.º, VIII, 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor; 927 e 931 do Código Civil, 333, I e 131 do Código de Processo Civil, além de apontar dissídio jurisprudencial. Sustentou que os fatos da causa, interpretados em consonância com o princípio da vulnerabilidade do consumidor, evidenciam a responsabilidade objetiva da empresa recorrida. Sustentou a necessidade de inversão do ônus da prova, nos termos da legislação consumerista, questionando a interpretação conferida às provas coletadas no processo levado a efeito pela Câmara julgadora, insistindo no seu direito à indenização pleiteada. Alegou a ocorrência de dissídio jurisprudencial acerca do tema. Pediu o provimento do recurso especial, inclusive com a elevação do valor da indenização por danos morais.

Presentes as contrarrazões, o recurso especial foi admitido.⁵⁷

Acrescente-se que o Recurso Especial em referência foi provido para restabelecer integralmente a sentença de Primeiro Grau de Jurisdição.

A primeira questão que merece destaque, porquanto é premissa para o raciocínio dos demais temas jurídicos versados no caso concreto em análise, é a incidência ou não do CDC.

Verifica-se que a vítima era comerciante que manuseava garrafas de cerveja em seu estabelecimento comercial. Com efeito, a vítima não se enquadra no conceito padrão ou *standard* de consumidor, conforme previsto no art. 2º, *caput*, do CDC. O consumidor padrão ou *standard* é aquele que adquire ou utiliza produtos e serviços como destinatário final fático e econômico, de acordo com a teoria finalista aprofundada, prevalente no direito brasileiro sobre o conceito jurídico de consumidor.

Entretanto, o conceito de consumidor não se resume ao destinatário final

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp. 1.288.008/MG 2011/0248142-9. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Rodrigues Cordeiro. Recorrido: Primo Schincariol Industria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 04 de abril de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23101297/recurso-especial-resp-1288008-mg-2011-0248142-9-stj>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

fático e econômico de produtos, mas são identificados mais três outros conceitos por equiparação. Assim, a coletividade, a vítima ou *bystandard* e o sujeito de direito exposto às práticas comerciais e proteção contratual também são considerados consumidores e recebem o mesmo tratamento jurídico protetivo destinado ao consumidor padrão ou *standard*.

No caso em apreço identifica-se o consumidor vítima ou *bystandard* na pessoa do comerciante que sofreu lesões graves em decorrência da explosão de uma garrafa de cerveja. O objetivo do CDC é proteger todos os sujeitos envolvidos e expostos às diversas atividades desenvolvidas pelos agentes econômicos, pois a insegurança do produto colocado no mercado não acarreta danos somente ao consumidor padrão ou *standard*, mas pode atingir outras pessoas que indiretamente estão relacionadas ao consumo de produto defeituoso.

Entende-se que o voto do Ministro Relator está de acordo com a legislação vigente, bem como fundamentado em adequadas jurisprudência e doutrina. A equiparação da vítima ao consumidor padrão ou *standard* foi corretamente procedida e as normas do CDC não poderiam deixar de serem aplicadas ao caso concreto.

O segundo ponto de destaque se refere à prova do nexo causal. Sabe-se que o CDC inovou em sede de responsabilidade civil do fornecedor, afastando-se da clássica concepção de que a vítima deveria comprovar os requisitos da responsabilidade civil: conduta culposa, nexo causal e dano. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu que a vítima deveria comprovar o nexo de causalidade entre o defeito da garrafa de cerveja e o dano sofrido pela vítima, motivo determinante para o provimento do Recurso de Apelação do fabricante e, conseqüentemente, a improcedência dos pedidos indenizatórios.

Correta a afirmação constante do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino de que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais confundiu nexo causal com fato do produto. O grave ferimento sofrido pela vítima decorreu inequivocamente do estouro de garrafa de cerveja, não remanescendo qualquer dúvida razoável sobre a causa direta e imediata do evento danoso.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais acolheu a excludente de responsabilidade civil do fornecedor consistente na inexistência de defeito do produto (garrafa de cerveja). Foi atribuído, equivocadamente, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, à vítima o ônus da prova da ocorrência do produto, quando, por

força do art. 12, §3º, do CDC, é atividade processual do fornecedor. Cuida-se de regra específica da relação jurídica de consumo a atribuição do ônus da prova da excludente de responsabilidade civil ao fornecedor, configurando a inversão do ônus da prova *ope legis* (ato do legislador), não havendo necessidade de qualquer ato judicial prévio. Não se confunde a inversão legal do ônus da prova da excludente de responsabilidade civil do fornecedor (art. 12, § 3º, do CDC) e a inversão judicial do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), neste caso demandando análise casuística dos requisitos da alegação verossímil e da hipossuficiência do consumidor.

7 Conclusão

O tema relativo à responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto (acidente de consumo) foi introduzido pelo CDC, inspirado pela Diretiva da CEE 85/374. Foi afastada a teoria da culpa do agente causador do dano (teoria subjetiva) e se adotou a responsabilidade objetiva, apoiada na teoria do risco da atividade.

Várias normas de direito material e processual foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro para alcançar a plena reparação dos danos sofridos pelo consumidor em razão do fato do produto defeituoso (acidente de consumo). Destaque-se, portanto, normas relativas à efetiva prevenção e reparação do dano (art. 6º, VI, do CDC) que contempla o princípio da *restitutio in integrum*, afastando qualquer possibilidade de tarifamento do valor indenizatório, a inversão legal do ônus da prova das excludentes de responsabilidade, a responsabilidade direta do fabricante pelo dano provocado pelo produto inseguro (art. 12, § 3º, do CDC), equiparação da vítima do acidente de consumo ao consumidor padrão ou *standard* (art. 17 do CDC), dentre outras.

A responsabilidade civil do fornecedor pelo acidente de consumo decorre de produto defeituoso e que causa dano ao consumidor, pois ultrapassa o mero prejuízo econômico consistente no comprometimento da qualidade do bem de consumo, mas efetivamente causa lesão à integridade física e psíquica do consumidor.

Os sujeitos de direito que elaboram ou colocam o produto no mercado, seja fabricante, construtor, produtor, ou importador são responsáveis pela re-

paração do dano decorrente de acidente de consumo. O comerciante responde subsidiariamente em caso de não haver informação de quem fabricou, produziu, construiu ou importou, ou quando a informação contida no produto não for clara para a identificação do sujeito responsável (art. 13, incs. I e II, do CDC). Apenas quando o comerciante não conservar adequadamente o produto que responderá diretamente, nos termos do art. 13, inc. III, do CDC.

O produto defeituoso é aquele que se mostra perigoso, colocando em risco a segurança do consumidor, enquanto o produto viciado é aquele que não apresenta a qualidade esperada, mostrando-se inadequado ao uso a que se destina.

Os pressupostos na responsabilidade civil por acidentes de consumo são: a) o defeito do produto ou do serviço que por sua deficiência causa danos ao consumidor; b) nexo de imputação é o vínculo entre o defeito do produto ou do serviço e a atividade desenvolvida pelo fornecedor para fins de atribuir o dever de indenizar pelos danos sofridos pelo consumidor; c) dano patrimonial ou extrapatrimonial é toda gama de prejuízos causados pelos defeitos do produto ou serviço; d) relação de causalidade entre o defeito e o dano é relação de causa e efeito que se estabelece entre o defeito do produto ou serviço e o dano para que seja possível reconhecer a ocorrência de um acidente de consumo e o nascimento da obrigação de indenizar..

O estudo do Recurso Especial n. 1.288.008/MG, Terceira Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, revela que ainda remanescem dúvidas sobre a extensão das inovações introduzidas pelo CDC (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) quanto à responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou sentença e julgou improcedentes os pedidos indenizatórios de consumidor-vítima que sofreu graves lesões oculares em virtude de explosão de garrafa de cerveja.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de bem elaborado voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, deu provimento ao Recurso Especial para restabelecer na íntegra a sentença que julgou procedentes os pedidos indenizatórios, consignando que o comerciante que manuseia garrafa de cerveja e sofre danos físicos como conseqüenciada explosão do produto é equiparado a consumidor, nos termos do art. 17 do CDC. Desta forma, a controvérsia deve se submeter às normas do CDC e não às regras do sistema clássico (civilista) de responsabilidade civil.

Por outro lado, de forma didática, o Superior Tribunal de Justiça interpretou corretamente o sistema de proteção do consumidor e destacou que o ônus da prova relativa ao defeito do produto é do fornecedor e não do consumidor. Finalmente, o CDC promoveu a inversão legal do ônus da prova da excludente de responsabilidade ao determinar que o fornecedor só não será responsabilizado se provar a inexistência de defeito do produto, nos exatos termos do art. 12, § 3º, II, do CDC.

Referências

BENJAMIN, Antonio Herman. Fato do produto e do serviço. In: _____; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 152-185.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp. 1.288.008/MG 2011/0248142-9*. Terceira Turma. Recorrente: Antonio Rodrigues Cordeiro. Reocorrido: Primo Schincariol Industria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 04 de abril de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23101297/recurso-especial-resp-1288008-mg-2011-0248142-9-stj>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *A responsabilidade civil nas relações de consumo: programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

As (i)legalidades no processo penal: breve reflexão a respeito do “whatsapp” a partir da lei 9.296/1996 – um estudo de caso

The (il)legalities in criminal proceedings: a brief reflection about “whatsapp” from the Law 9.296 / 1996 - a case study

Víctor Minervino Quintiere¹
Humberto Fernandes de Moura²

Resumo

Este trabalho debate a capacidade probatória das informações obtidas por meio do aplicativo multimídia *Whatsapp* e a repercussão jurídica da ausência de mandado judicial autorizando a perícia sobre os dados armazenados. Para tanto, faz uma breve incursão a respeito das características técnicas do aplicativo, bem como faz um breve passeio pelas regras que regulam a prova no processo penal, especialmente para reconstruir a questão relativa a legalidade das provas nesse ramo do Direito, bem como a eventual utilização da prova obtida por meios ilícitos ou ilegítimos com o foco voltado para o aplicativo *Whatsapp*. Neste passo, chega-se à conclusão de que a análise da mídia apreendida em aparelho celular relativa ao aplicativo multimídia “WhatsApp”, sem autorização judicial, é ilegal e de que não é possível admiti-la processualmente.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito processual penal. Prova. Perícia. Interceptação telefônica. WhatsApp. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça.

1 Introdução

No âmago do Direito Processual Penal, mais especificamente no campo probatório, ganham destaque questões envolvendo a aplicação, em determinado processo, das provas e a definição da sua licitude.

Nesta perspectiva será abordada a (i) legalidade da perícia realizada em aparelho celular, em especial no dispositivo multimídia denominado “WhatsApp”.

¹ Mestrando em Direito no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, área de concentração “Constituição e Sociedade”, linha de pesquisa “Direitos e Garantias Fundamentais”, membro da Comissão de Assuntos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Brasília-DF e sócio do escritório Bruno Espíneira Lemos & Quintiere Advogados.

² Doutorando em Direito no Centro Universitário de Brasília - Uniceub. Professor de Direito Penal e Processo Penal do Uniceub. Procurador Federal.

pp”, sem autorização judicial a partir da doutrina e de casos concretos selecionados.

Neste prisma, o presente artigo é separado em três partes: i) análise das características técnicas do dispositivo multimídia “WhatsApp”; ii) colocação do problema teórico a partir do estudo das provas ilícitas no processo penal e; iii) estudos de casos.

A primeira parte se dedica à indicação do histórico da empresa que desenvolveu o aplicativo, passando pela representatividade deste no mundo atualmente, tudo isso, com o objetivo de se chegar, finalmente, às considerações técnicas que o qualificam como aplicativo multimídia.

Na segunda parte será colocado o problema teórico relativo à (in) admissibilidade processual da prova ilícita no processo partindo, desde as posições existentes chegando, por derradeiro, na posição adotada neste ensaio. Além dessas considerações, uma série de problemas serão levantados em seguida.

Por fim, serão estudados casos concretos julgados pelos principais tribunais do país a respeito da questão onde se buscará a resposta para dois questionamentos, a saber: i) a análise da mídia apreendida em aparelho celular relativa ao aplicativo multimídia “WhatsApp”, sem autorização judicial, é legal? ii) é possível admitir processualmente a prova – a depender da resposta dada no item “i” –ilícita?

2 Uma parada obrigatória: conhecendo melhor o whatsapp

O popularmente conhecido “WhatsApp”, tecnicamente denominado WhatsApp Messenger, é um aplicativo multi-plataforma de mensagens instantâneas³ para smartphones. E, ao contrário do sistema SMS, constitui sistema de

³ A respeito do tema, importante destacar o seguinte trecho em que se conceitua de maneira objetiva o termo, senão vejamos: Um mensageiro instantâneo ou comunicador instantâneo, também conhecido por IM (do inglês *Instant Messaging*), é uma aplicação que permite o envio e o recebimento de mensagens de texto em tempo real. Através destes programas o usuário é informado quando algum de seus amigos, cadastrado em sua lista de contatos, está online, isto é, conectou-se à rede. A partir daí, eles podem manter conversações através de mensagens de texto as quais são recebidas pelo destinatário instantaneamente. Normalmente estes programas incorporam diversos outros recursos, como envio de figuras ou imagens animadas, documentos diversos, conversação em áudio - utilizando as caixas de som e microfone do sistema, além de video conferência (webcam). MENSAGEIRO instantâneo. WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. [S.l.]: Wikimedia Foundation, 2009. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Mensageiro_instant%C3%A2neo>. Acesso em: 08. jan. 2015.

comunicação complexo, caracterizando verdadeiro dado pertencente ao titular da conta.

Além de mensagens de texto, os usuários podem enviar imagens, vídeos e mensagens de áudio, bem como de mídia. O *software*, vale destacar, está disponível para *Android*, *BlackBerry OS*, *iOS*, *Symbian*, *Windows Phone* e *Nokia*⁴.

A empresa - com o mesmo nome do aplicativo - foi fundada em 2009 por Brian Acton e Jan Koum, ambos veteranos da empresa “Yahoo!”. Atualmente, a responsável pelo aplicativo está sediada em Santa Clara, Califórnia, sendo que no dia 19 de fevereiro de 2014, a empresa foi adquirida pelo o *Facebook* pelo montante de 16 bilhões de dólares, sendo 4 bilhões em dinheiro e 12 bilhões em ações do *Facebook*, além de 3 bilhões de ações no prazo de quatro anos caso permaneçam na companhia⁵.

A competição neste mercado é feroz, mas o *WhatsApp* passa por uma fase de crescimento, que impressiona. Em abril de 2012, por exemplo, o aplicativo gerava cerca de 2 bilhões de mensagens por dia. Já em agosto do mesmo ano houve crescimento deste número chegando aos representativos 10 bilhões⁶. E, de acordo com o *Financial Times*, o aplicativo “tem feito para SMS em celulares o que o *Skype* fez para chamadas internacionais em telefones fixos”⁷.

Dando sequência ao histórico do aplicativo, em Junho de 2013, este alcançou a marca dos 250 milhões de usuários ativos e 25 bilhões de mensagens enviadas e recebidas diariamente⁸. Em abril do ano passado⁹ o *WhatsApp* possuía 500 milhões de usuários, sendo que este número subiu para mais de 600 milhões até agosto, sendo enviadas mais de 30 bilhões de mensagens todos os dias.

Tecnicamente, o *WhatsApp* usa uma versão personalizada do padrão

⁴ WHATSAPP. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. [S.l.]: Wikimedia Foundation, 2015. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/WhatsApp>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

⁵ WHATSAPP. WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. [S.l.]: Wikimedia Foundation, 2015. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/WhatsApp>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

⁶ CARVALHAL, Aline. *WhatsApp alcança a marca de 10 bilhões de mensagens enviadas por dia*. 2014. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2012/08/whatsapp-alcanca-marca-de-10-bilhoes-demensagens-enviadas-por-dia.html>>. Acesso em: 08. jan. 2015.

⁷ WHATSAPP. WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. [S.l.]: Wikimedia Foundation, 2015. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/WhatsApp>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

⁸ WHATSAPP. WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. [S.l.]: Wikimedia Foundation, 2015. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/WhatsApp>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

⁹ WHATSAPP possui mais de 700 milhões de usuários ativos. 2015. Disponível em: <<http://canaltech.com.br/noticia/whatsapp/WhatsApp-possui-mais-de-700-milhoes-de-usuarios-ativos/#ixzz3Ofeq5bn4>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

aberto XMPP¹⁰, ou seja, após a instalação, ele cria uma conta de usuário usando um número de telefone como o nome de usuário (*Jabber ID*).

Enquanto a versão Android usa um hash MD5 da versão invertida do IMEI do telefone como senha, a versão iOS dobra o endereço MAC do telefone e aplica o hash MD5. Assim, mensagens multimídia são enviadas através do carregamento da imagem, áudio ou vídeo para um servidor http, enviando um link para o conteúdo juntamente com a sua miniatura codificada em Base64(se aplicável).⁵

O aplicativo também sincroniza com a agenda do telefone, para que os usuários não precisem adicionar contatos em uma agenda separada. Como todos os usuários são registrados com o número do telefone, o *software* identifica todos os usuários WhatsApp entre os contatos registrados no telefone, ou seja, o aplicativo coleta dados dos contatos de todos os usuários, a fim de fazer tal equiparação conveniente.

Feitos esses breve esclarecimento técnicos algumas perguntas serão enfrentadas no decorrer do texto: É possível ter certeza de quem enviou a mensagem é realmente a pessoa titular do celular. Se não há a certeza, a informação obtida pode ser realmente considerada meio de prova ou, no máximo, poderia ser considerado um indício? Quais seriam as regras a serem atendidas para ter acesso ao conteúdo arquivado no aplicativo?

3 Provas no processo penal – colocação do problema

Para responder às perguntas acima, inicialmente, é necessário lembrar que a possibilidade de obter uma verdade dita “certa” no mundo jurídico representa nada mais do que uma ingenuidade epistemológica. Tal assertiva conduz a conclusão de que o que se pode obter no processo é a denominada verdade

¹⁰ De acordo com a doutrina especializada, o protocolo XMPP representa um protocolo de comunicação baseado em XML (Extensible Markup Language). O conjunto padrão XML codifica ou traduz documentos do computador em formato legível por máquina. XMPP é usado para MOM (middleware orientado a mensagem), que são programas de software projetados para o envio e recebimento de mensagens entre sistemas diferentes. O protocolo XMPP, originalmente chamado de Jabber, foi criado em 1999 pela comunidade de código aberto Jabber. Computer Blog. O QUE é o protocolo XMPP Disponível em: <<http://pt.wingwit.com/Networking/voice-over-ip/81312.html#.Vd4ncflVhBc>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

processual em contraposição a uma inalcançável verdade material. Até porque não se pode pretender obter a prova a todo custo, especialmente se seguirmos a ideia central do Garantismo, para o qual o maior objetivo do Direito consiste na proteção do indivíduo em face do Estado¹¹.

Assim, a definição da “verdade” processual se faz por meio da avaliação do juiz das provas obtidas, sendo que a sua produção pelo Estado deve obedecer a certos limites.

As provas são meios através dos quais se faz a reconstrução do fato passado, ou seja, a prova é sempre a afirmação de uma fato passado, sendo que o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença, sendo que o processo penal e a prova nele admitida integra o que se denomina modos de construção do convencimento do julgado¹².

A prova, contudo, está sujeita a uma série de limitações, sendo a principal delas consistente na inadmissibilidade das provas ilícitas (CF, art. 5º, inciso LVI)

3.1 Prova ilegal, ilegítima e ilícita

No que diz respeito às provas genericamente consideradas ilegais, reportamos ao conceito de Fernando de Almeida Pedroso que sintetiza: “[...] ilegal é a prova sempre que produzida com infração a normas de natureza processual ou material” tratando-se do “gênero, de que são espécies as provas adjetivadas como ilegítimas e ilícitas”¹³.

Ao ato instrutório, na visão do autor, “realizado com infração das disposições processuais dá-se a denominação de prova ilegítima, defluindo do próprio ordenamento processual as sanções ou consequências resultantes do não acatamento de determinada norma processual”¹⁴.

A prova, em outro giro, é considerada ilícita quando “obtida com infração

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

¹² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 515.

¹³ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 158.

¹⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 158.

das disposições de direito material. Ainda, segundo Paulo Rangel¹⁵: A vedação da prova pode estar estabelecida em norma processual ou em norma de direito material, surgindo, em nível doutrinário, a diferença entre as duas: será prova ilegítima quando a ofensa for ao direito processual, e será ilícita quando a ofensa for ao direito material¹⁶.

Pois bem. Delimitados os conceitos de prova prova ilícita e prova ilegítima é possível seguirmos adiante em prol da colocação do problema, objeto da presente reflexão.

3.2 Da (in) admissibilidade processual da prova ilícita

O Poder Judiciário, na medida de suas possibilidades, tenta solucionar problemas relativos à ilegalidade de determinadas provas com base em decisões e acórdãos proferidos por Tribunais em todo o país. Vale o destaque de que a defesa e a acusação – representada na maioria das vezes pelo Ministério Público – travam acirrados debates a respeito da (não) incidência de diversos institutos como, por exemplo, da (não) admissibilidade da prova ilícita.

Nesta perspectiva, cumpre destacar o problema teórico central da presente reflexão, qual seja: as infrações às normas de direito material, na coleta de determinada prova, teriam como efeito colateral a sua ineficácia processual?

Para responder a esta indagação essencial se torna a análise de duas teses, a saber: i) a tese da inadmissibilidade processual da prova ilícita; ii) tese da admissibilidade processual da prova ilícita.

Neste lume, resta-nos ponderar a respeito da inadmissibilidade processual da prova ilícita. Ada Grinover¹⁷, ao cuidar do ensinamento em matéria de prova penal: Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a operatividade do Juiz.

Roberto Rezende Junqueira¹⁸, por sua vez, adverte:

¹⁵ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.430.

¹⁶ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.431.

¹⁷ Apud PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 160.

¹⁸ Apud PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 160.

A certeza moral do Juiz, pode ser discricionária, pessoal e particular, mas nem por isso, ao fundamentá-la, pode este fugir das regras técnicas e basear-se na prova ilegal, viciosa, violentada ou insuficiente. Livre convencimento[...] não vai ao extremo de admitir-se em Juízo o que é ilegal, passível de dúvida ou vicioso. Ou o Juiz declara na sentença a vontade da lei pela lei ou a liberdade é simples quimera para ilustrar sonhos e poesias.

Não distoa Heleno Cláudio Fragoso¹⁹ quanto à necessidade de anulação da prova, sob pena de anulação do processo:

A questão da legalidade da prova é em geral considerada com referência aos meios empregados para obter elementos de convicção relacionados com o fato delituoso. Como se sabe, nos Estados Unidos, a Suprema Corte, interpretando a garantia contra buscas ilegais, da 4ª emenda à Constituição, fixou de maneira absoluta e peremptória a inadmissibilidade de prova obtida ilegalmente. As reservas que aqui se estabelecem não se relacionam com a credibilidade da prova, mas com a exclusão de determinados elementos, independentemente de sua aptidão para evidenciar fatos relevantes, tendo em vista que sua obtenção ou sua produção viola princípios essenciais de garantia para o acusado. Entre nós, o STF já decidiu que a prova obtida por meio ilegal anula o processo (RF 199/258). A luta pela verdade encontra limitações importantes".(Destaque acrescentado pela relevância).

E, concluindo as lições colhidas da obra de Fernando Pedroso²⁰, tem-se:

Em síntese: o princípio importa vedar ao Juiz, que tem o dever constitucional de fundamentar a sua decisão, sob pena de nulidade, levar em conta a prova conseguida por meio ilícito. É como, então, se o fato não houvesse acontecido, por que o magistrado somente pode considerar o que consta (e o que consta idoneamente) dos autos. Ademais, remarca Louis B. Schwartz que a exclusão da prova ilegal se faz também com fins preventivos: sabendo que a prova não vai ser apresentada em Juízo se for obtida ilegalmente, a autoridade abstém-se de agir violando a lei. (Destques acrescentados pela relevância).

Neste prisma, o parte-se da premissa de que o ato ilícito é indivisível, ou seja, existindo uma ilicitude material, não pode o mesmo, sob o enfoque estritamente processual, ser havido como indiferente ou como válida a prova derivada.

¹⁹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 163-164.

²⁰ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 165.

Ainda no que diz respeito à questão dos riscos inerentes à operatividade do juiz, destaque-se ainda o ensinamento de Roberto de Rezende Junqueira, quando adverte:

A certeza moral do Juiz, pois, pode ser discricionária, pessoal e particular, mas nem por isso, ao fundamentá-la, pode este fugir das regras técnicas e basear-se na prova ilegal, viciosa, violentada ou insuficiente. Livre convencimento... não vai ao extremo de admitir-se em Juízo o que é ilegal, passível de dúvida ou da mente²¹.

Noutro giro, há corrente doutrinária em sentido diametralmente oposto, ou seja, os pensadores que defendem que a prova materialmente ilegal pode, sem qualquer violação, representar ato processualmente lícito. Por exemplo, Fernando de Almeida Pedroso afirma que “se o fim precípua (na qual há que se embasar a própria realização do direito penal substantivo, pela aplicação ou não da pena) crível é que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, há de ser aceita”²².

De acordo com essa percepção, “é a prova um fenômeno processual e, destarte, no ordenamento processual é que deve ser encontrada toda sua regulamentação; a conformidade ao direito é um juízo de valor estranho à concepção processual, assim como o conceito de ilicitude”²³.

Ao destacar os posicionamentos existentes e seus principais argumentos é possível colocar o posicionamento adotado na presente reflexão, o que será realizado no tópico seguinte.

3.3 Posicionamento inicialmente adotado

Em que pese a plausibilidade teórica dos argumentos expostos pela corrente oposta, filiamos ao entendimento de que quanto às provas não há que se falar na admissibilidade processual da prova ilícita isso porque, “sendo uno o conceito de ilicitude, é ele incindível, indivisível”²⁴.

²¹ JUNQUEIRA, Roberto de Rezende. Do livre convencimento do juiz e seus poderes na aplicação das penas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo v. 65, n. 483, p. 245–249, jan. 1976. p. 245 e segs.

²² PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 170.

²³ Apud. BARROS, Adherbal. A investigação criminosa da prova. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 504, p. 288–294, out. 1977. p. 17 e seguintes.

²⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 160.

Ou seja, o ilícito na verdade é um só, alcançando qualquer ramo ou seara do Direito. Neste passo, a partir da existência de um ilícito material, não há que se falar, sob a premissa de que estar-se-ia diante do prisma processual, ser havido como indiferente ou como válida a prova derivada.

Nota-se que, caso adotássemos a outra teoria – da admissibilidade processual da prova ilícita – estaríamos afrontando o Direito como um todo, não sendo possível admitir que um único fato seja objeto de julgamentos diversos, ou seja: condenado sob um prisma e privilegiado sob outro²⁵.

3.4 Reflexões a respeito da repercussão probatória do Whatsapp

Voltando os olhos especificamente para as informações contidas no Whatsapp concluímos que ela pode ser equiparado a um dado em sentido amplo, pois além da possibilidade de comunicação, o aplicativo, conforme visto alhures, permite o armazenamento de fotos, vídeos, gravações de áudio dentre outros aspectos tornando-o, por assim dizer, em mecanismo de comunicação complexo.

Pois bem. O art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988 é cristalino ao dizer que *“inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”*. E, sobre o direito a intimidade, o sigilo telefônico e o conteúdo protegido, Paulo Gonet Branco afirma que *“a quebra da confidencialidade da comunicação significa frustrar o direito à privacidade e à intimidade”*²⁶.

Oportuno destacar importante diferença conceitual entre a interceptação telefônica e “o acesso aos dados contidos no telefone móvel apreendido”. Quanto ao primeiro termo, Alessandro Gonçalves Barreto considera como o *“acesso ao áudio e dados de conversas mantidas entre interlocutores, sendo, portanto, acobertado pelo art. 5º, XII da Constituição Federal”*²⁷. Neste caso, tal acesso só é permitido com o devido mandado judicial. Por sua vez, o segundo termo simbolizaria, na visão daquele Autor, hipótese na qual *“a autoridade policial necessita saber se*

²⁵ ARANHA, Adalberto José Q.T de Camargo. *Da prova no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 54-5.

²⁶ MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 484.

²⁷ BARRETO, Alessandro Gonçalves. *Perícia em celular: necessidade de autorização judicial?* Disponível em: <<http://www.pc.pi.gov.br/noticia.php?id=1408>>. Acesso: 14 jan. 2015.

*os dados contidos naquele aparelho têm qualquer relação com o evento criminoso ou algum elemento que possa individualizar a autoria e materialidade delitiva nos precisos termos do art. 6º do Código de Processo Penal*²⁸.

Assim, tendo por base o sistema normativo brasileiro, em especial o art. 233 do CPP, tal dispositivo estatui que são inadmissíveis em Juízo as cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos²⁹.

3.4.1 Três precedentes a respeito da utilização probatória de dados encontrados em celulares

Com vistas a verificar o melhor enquadramento jurídico da repercussão probatória do *WhatsApp*, foram encontrados três julgados. Os precedentes trataram naquela época apenas do mecanismo de troca de mensagens conhecido pela sigla “SMS”, em que era possível somente o envio de textos, diferentemente do que ocorre com o dispositivo multi-plataforma “WhatsApp”, que permite o envio e o recebimento de mensagens de texto em tempo real, bem como a utilização de diversos outros recursos, como envio de figuras ou imagens animadas, documentos diversos, conversação em áudio - utilizando as caixas de som e microfone do sistema, além de vídeo conferência .

Muito embora os precedentes não tenham enfrentado propriamente o caráter probatório do *Whatsapp* podem ser utilizados por analogia, pois todos eles tem em comum o acesso a dados encontrados no celular, como ocorre no *Whatsapp*.

A utilização dos precedentes ainda se justificam por que eles enfrentaram as seguintes perguntas: i) a análise da informação constante de mídia apreendida em aparelho celular sem autorização judicial é legal? ii) é possível admitir processualmente a prova – a depender da resposta dada no item “i” – ilícita?

Inicia-se pelo Recurso Extraordinário nº 418.416, da lavra do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence³⁰. No julgado, restou decidido que a “proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição” como

²⁸ BARRETO, Alessandro Gonçalves. *Perícia em celular: necessidade de autorização judicial?* Disponível em: <<http://www.pc.pi.gov.br/noticia.php?id=1408>>. Acesso: 14 jan. 2015.

²⁹ Apud. BARROS, Adherbal. A investigação criminosa da prova. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 504, p. 288-294, out. 1977. p. 17 e seguintes.

³⁰ Sobre o precedente destacado, o critério de escolha se deu com base no fato de ter sido o primeiro precedente do Supremo Tribunal Federal que analisou tema análogo ao do presente artigo.

sendo aquela referente à comunicação ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’, ainda quando armazenados em computador”³¹ significando, por assim dizer, que a existência propriamente dita dos dados em aparelho eletrônico não estaria protegida.”

Já na Apelação Criminal nº 2002.04.01.029123-1, a conclusão foi de que “a simples verificação dos números das últimas chamadas feitas e recebidas constantes na memória do telefone celular não significa, por si só, violação ao sigilo telefônico desde que a apreensão do aparelho seja legítima”³².

Por fim, nos autos da Apelação Criminal nº 1.0223.12.011945-6/001³³, restou decidido que “a simples checagem dos últimos números registrados na memória do aparelho, bem como das últimas mensagens de texto trocadas pelos agentes, pois, ao não apagar as mensagens recebidas e o histórico de ligações os dados constantes no aparelho celular deixam de ser sigilosos, passíveis, portanto, de perícia técnica”.

A leitura prematura dos precedentes em estudo nos faria concluir que, por analogia, a análise da mídia apreendida em aparelho celular relativa ao aplicativo multimídia “WhatsApp”, sem autorização judicial, seria legal, desde que a apreensão fosse legítima.

Como se não bastasse o lapso temporal de quase 10 (dez) anos entre o julgamento (10/05/2006) e a data em que a presente reflexão é feita – refletindo em tempo suficiente para que a tecnologia evoluísse bastante-, em especial nos primeiros dois precedentes trazidos, nota-se que as circunstâncias fáticas não são semelhantes, uma vez que enquanto naquele precedente estávamos diante

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 418416* SC. Tribunal Pleno. Embargante: Luciano Hang. Embargado: Ministério Público Federal. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 de maio de 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760712/recurso-extraordinario-re-418416-sc>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

³² BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Criminal. *ACR 29123 PR 2002.04.01.029123-1*. Sétima Turma. Apelante: Sueli Raquel Duwe. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Des. Federal Fábio Bittencourt da Rosa. Porto Alegre, 21 de maio de 2003. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1145419/apelacao-criminal-acr-29123>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

³³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal. *APR 10223120119456001 MG*. Quarta Câmara Criminal. Apelante: Carlos José Catelan, Alexssandro Almeida Conrado. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator (a): Des. Júlio Cezar Gutierrez. Três Marias, 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119353099/apelacao-criminal-apr-10223120119456001-mg>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

da discussão envolvendo o sigilo dos dados em si, mesmos armazenados nos aparelhos celulares daquela época, neste estudo está-se a discutir a (des) necessidade ou não de autorização judicial para que a perícia acesse os dados de um programa multimídia conhecido como “WhatsApp”.

Os precedentes utilizaram como argumento a desnecessidade de mandado judicial com fulcro no art. 6º, II e III do Código de Processo Penal, que ordena ao delegado a apreensão de todos os objetos que tenham relação com o crime.

A alegação de que, de acordo com o dispositivo supramencionado seria dever da autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato criminoso, autorizando ainda a verificação dos dados encontrados na memória do celular e seus aplicativo, com a devida vênia, não merece prosperar.

Literalmente, não é possível extrair tanto do verbo “apreender” – entendido como “tomar posse”³⁴ –, como do verbo “colher” – entendido como “apanhar, surpreender” o mesmo significado do que é praticado pela polícia em todo o país consistindo, na análise integral do aparelho celular dos investigados.

Ainda não é possível prosperar a visão de que o exame do conteúdo armazenado no dispositivo WhatsApp, pois, sem mandado judicial, não é lícito ter acesso a conteúdos íntimos, assim como interações por vídeo e áudio entre interlocutores que em nada contribuirão para as investigações. Ou seja, a falta de autorização judicial vulnera de maneira irrefutável direitos fundamentais basilares, tais como o direito a intimidade.

Vale destacar, a título de complementação, que encaminhar pedido à autoridade judicial no sentido de ter acesso ao conteúdo do aparelho apreendido durante operação policial em nada atrapalha o prosseguimento da investigação ou resulta no desaparecimento de provas, até porque o aparelho estará, enquanto examinado o pleito, nas dependências da própria polícia.

Neste passo, não há que se falar na possibilidade de análise da mídia apreendida em aparelho celular relativa ao aplicativo multimídia “WhatsApp” sem autorização judicial uma vez que tal possibilidade simboliza afronta aos direitos à privacidade constitucionalmente protegidos com fulcro, principalmente, no art. 5º, XII da Constituição Federal. Mesmo que a apreensão do aparelho seja le-

³⁴ APREENDER. In: DICIONÁRIO de Português Online. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=apreender>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

gitimada com base no artigo 6º do Código de Processo Penal, a polícia não pode ter acesso aos dados contidos no aparelho, a exemplo das mensagens constantes do *Whatsapp*, sem a competente autorização judicial.

A sua utilização, independentemente de ordem judicial fere o direito à privacidade constitucionalmente assegurada, ou seja, está equivocada a conclusão tomada nos três precedentes analisados e não deve ser seguida quanto ao acesso aos dados obtidos junto ao aplicativo *Whatsapp*.

3.5 Alguns outros problemas decorrentes

Após a conclusão acima, oportuno trazer a lume indagações que permearam o debate entre os coautores desta obra, senão vejamos.

Inicialmente, será que a conclusão teoricamente alcançada, no sentido da inadmissibilidade da prova ilícita, seria possível em sendo o celular pertencente ao empregador (seja público, seja privado)?

Caso o aparelho celular seja do empregador ou do Poder Público é possível realizar temperamento no sentido de que por se tratar de objeto cuja propriedade o empregador -público ou privado – detém. Ou seja, não há que se falar em ato ilícito praticado na hipótese de se ter acesso ao conteúdo disponível no *WhatsApp* se o aparelho é de propriedade pública ou do empregador, pois em caso como tais, a polícia estaria legitimado a verificar o celular funcional do empregado, desde que autorizada pelo seu proprietário, com fulcro na excludente de ilicitude do exercício regular do direito prevista no art. 23, III do CP.

Em complemento ao raciocínio eminentemente penal, a jurisprudência do TST em relação à licitude da checagem de e-mails corporativos torna tal ato lícito na seara trabalhista reforçando, portanto, o caráter lícito da intervenção³⁵.

Outra indagação de suma importância consiste em saber se caso a men-

³⁵ Acórdão da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho publicado em 10/06/2005 (RR61300-23.2000.5.10.0013), com relatoria do ministro João Oreste Dalazen, reconheceu que há de se separar os *e-mails pessoais*(protegidos pela Constituição, em seu artigo 5º, incisos V, X, XII e LVI) *dose-mails corporativos*. O monitoramento de *e-mail corporativo* é, assim, perfeitamente lícito, desde que respeitada a exigência de comunicação prévia da finalidade estritamente profissional da ferramenta. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR 613002320005100013 61300-23.2000.5.10.0013. Primeira Turma. Agravante: Elielson Lourenço do Nascimento. Agravado: HSBC Seguros Brasil S.A. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Brasília, 18 de maio de 2005. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1724843/recurso-de-revista-rr-613002320005100013-61300-2320005100013>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

sagem estivesse disponível por conta do desbloqueio do aparelho, a intervenção seria lícita? Neste caso, não há que se falar em analogia com algo feito em público – podendo ser filmado e utilizado – haja vista que o caráter essencial do aplicativo, ao contrário das mídias sociais, por exemplo, consiste na comunicação estrita entre pessoas.

Por fim, ainda algumas breves palavras a respeito da utilização da prova ilícita que beneficia a defesa do réu. A respeito deste questionamento, acreditamos que, nos moldes de diversos autores que escreveram sobre a matéria³⁶, caso o réu utilize de tal artifício - de maneira ilícita - para auxiliar em sua defesa é o caso da aplicação da excludente de ilicitude da legítima defesa.

4 Conclusão

Realizada a análise das características técnicas do dispositivo multimídia “WhatsApp”, a admissibilidade processual das provas ilícitas e da análise dos precedentes utilizados foi possível se chegar a algumas conclusões.

A respeito das características técnicas do dispositivo “WhatsApp” ele é tecnicamente diferente da interação por mensagens de texto SMS, pois o WhatsApp, por possuir inúmeras possibilidades de envio de dados (fotos, vídeos, áudio, mensagens de texto, etc) deve ser considerado como aplicativo multimídia.

Assim, concluímos que os dados íntimos constantes do aplicativo WhatsApp estão protegidos no art. 5º, XII da Constituição Federal, mesmo que a apreensão do aparelho seja legitimada com base no artigo 6º do Código de Processo Penal, pois a polícia não pode ter acesso aos dados contidos no aparelho, a exemplo das mensagens constantes do *Whatsapp*, sem a competente autorização judicial, não sendo possível ter acesso ao seu teor mesmo que o aparelho esteja desbloqueado. O acesso, contudo, será possível, caso o aparelho seja do Poder Público ou do empregador do réu, desde que haja autorização por parte do seu proprietário, ou mesmo em situação de legítima defesa.

³⁶ A título de exemplo, Marcelo Novelino ensina que “não obstante, em determinadas hipóteses, a prova ilícita pro reo deve ser admitida no processo penal. A exceção se justifica pela possibilidade de restrição indevida à liberdade de um indivíduo – que pode ficar preso injustamente por anos -, o que justifica uma correção da regra de modo a excluir esta hipótese de seu pressuposto fático”. NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 477.

Referências

APREENDER. In: DICIONÁRIO de Português Online. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=apreender>>. Acesso em: 14 jan.2015.

ARANHA, Adalberto José Q.T de Camargo. *Da prova no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARRETO, Alessandro Gonçalves. *Perícia em celular: necessidade de autorização judicial?* Disponível em:<<http://www.pc.pi.gov.br/noticia.php?id=1408>>. Acesso: 14 jan. 2015.

BARROS, Adherbal. A investigação criminosa da prova. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 504, p. 288-294, out. 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 418416 SC*. Tribunal Pleno. Embargante: Luciano Hang. Embargado: Ministério Público Federal. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 de maio de 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760712/recurso-extraordinario-re-418416-sc>>. Acesso em: 19 nov. 2015

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Apelação Criminal. ACR 29123 PR 2002.04.01.029123-1*. Sétima Turma. Apelante: Sueli Raquel Duwe. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Des. Federal Fábio Bittencourt da Rosa. Porto Alegre, 21 de maio de 2003. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1145419/apelacao-criminal-acr-29123>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. *RR 613002320005100013 61300-23.2000.5.10.0013*. Primeira Turma. Agravante: Elielson Lourenço do Nascimento. Agravado: HSBC Seguros Brasil S.A. Relator: João Oreste Dalazen. Brasília, 18 de maio de 2005. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1724843/recurso-de-revista-rr-613002320005100013-61300-2320005100013>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

CARVALHAL, Aline. *WhatsApp alcança a marca de 10 bilhões de mensagens enviadas por dia*. 2014. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2012/08/whatsapp-alcanca-marca-de-10-bilhoes-demensagens-enviadas-por-dia.html>>. Acesso em: 08. jan. 2015

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.

JUNQUEIRA, Roberto de Rezende. Do livre convencimento do juiz e seus poderes na aplicação das penas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo v. 65, n. 483, p. 245–249, jan. 1976.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENSAGEIRO instantâneo. WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. [S.l.]: Wikimedia Foundation, 2009. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Mensagem_instant%C3%A2neo>. Acesso em: 08. jan. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal. *APR 10223120119456001 MG*. Quarta Câmara Criminal. Apelante: Carlos José Catelan, Alexssandro Almeida Conrado. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator(a): Des. Júlio Cezar Guttierrez. Três Marias, 05 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119353099/apelacao-criminal-apr-10223120119456001-mg>>. Acesso em: 19 nov. 2015

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

O QUE é o protocolo XMPP Disponível em: <<http://pt.wingwit.com/Networking/voice-over-ip/81312.html#.Vd4ncfVhBc>>. Acesso em: 26 ago. 2015

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WHATSAPP possui mais de 700 milhões de usuários ativos. 2015. Disponível em: <<http://canaltech.com.br/noticia/whatsapp/WhatsApp-possui-mais-de-700-milhoes-de-usuarios-ativos/#ixzz3OFeq5bn4>>. Acesso em: 08 jan. 2015

WHATSAPP. WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. [S.l.]: Wikimedia Foundation, 2015. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/WhatsApp>>. Acesso em: 08 jan. 2015

A wooden gavel and a pair of metal handcuffs are shown on a dark wood surface. The gavel is positioned diagonally in the upper left, and the handcuffs are in the lower left. The lighting is dramatic, highlighting the textures of the wood and metal.


Uniceub

ISBN 978-85-61990-52-7



9 788561 990527